HIERONYMI TREUTLERI IURISCONSULTI SELECTARUM DISPUTATIONUM, …

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
5 D
13

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HIERONYMI TREVTLERI IVRISCONSVLTI SELECTARVM DISPVTATIONVM,

Ad

IVS CIVILE IVSTINIANÆUM,

QVINQVAGINTA LIBRIS PANdectarum compræhenſum, Reſolutiones abſolutiſſimæ,

Auctore

HELFRICO-ULRICO HVNNIO I. U. Doctore & in Academia Gieſſena Profeſſore publico ordinario.

CVM PRIVILEGIO CÆSAREO AD SEXENNIVM.

FRANCOFVRTI,
Apud Iohannem Iacobum Porſium.

M DC XVII.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE
Digitized by Google

13 · 5 · D · 13

Digitized by Google

ILLVSTRI, GENEROSO, ET MAGNIFICO DOMINO, DOMINO ALBERTO-IOHANNI SMIRTZICZIO L. B. DE SMIRTZICZ, DOMINO IN SKALA, DYMOKVRIO, NACHODO ET KOSTELETZIO AD SILVAS HERCYNIAS &c.

OMNIS GENERIS VIRTVTE HEROICA SPLENDIDISSIMO, LITERARVM ET LITERATORVM FAVTORI SVMMO,

DOMINO MEO BENIGNO ET GRATIOSO HOC OPVS IVRIDICVM, QVO MIHI BENIGNE FAVEAT, SVAQVE CLEMENTIA ME COMPLECTATVR DICO, DEDICO ET CONSECRO:

EIVSDEMQVE ILLVSTRI GENEROSITATI ET MAGNIFICENTIÆ PERENNEM SALVTEM, VITAM LONGÆVAM OMNEMQVE FELICITATEM A DEO TER OPT. MAX. EX INTIMO PECTORE PRECOR

Helfricus-Vlricus Hunnius D.

Digitized by Google

Digitized by Google

VOLVMINIS PRIMI
DISPVTATIONIS PRIMÆ,
De
IVSTITIA ET IVRE,
QVÆSTIO I.

I. An ius deriuetur à iuſtitia? fol 3

II. An iuſtitia rectè definiatur conſtans ac perpetua voluntas? 4

III. An pro amico iudicandum ſi ob iuris ignorantiam non poſsit conſtare iudici, pro vtro litigantium pronunciari debeat? 5

IV. An in definitione iuſtitiæ rectè addatur Tribuens? 11

V. An Iuſtinianus propoſuerit & definierit iuſtitiam diuinam? ibid.

VI. An Iuſtinianus vniuerſalem iuſtitiam definierit? ibid.

VII. Ius quod à iuſtitia deriuatur, quodnam ſit? 12

VIII. An ius noſtrum in artis formam redigi poſsit? 13

IX. An iuriſprudentia certa ratione nitatur? 14

X. An quicquid in iure æquum, idem & bonum ſit, ac vice verſa? 18

XI. Quid ſit æquitas? 19

XII. Vtrum æquitas ſit duplex ſcripta & non ſcripta? 20

XIII. An æquitas iuri ſtricto ſeu iuris rigori ſit præferenda? 22

XIV. Vtrum iuriſprudentia rectè definiatur, quod ſit diuinarum atq; humanarum rerum notitia iuſti atq; iniuſti ſcientia? 26

XV. Vtrum iuriſprudentia propriè loquendo ſit ſcientia? 27

XVI. Quænam ſint iuris præcepta & quomodo ab inuicē diſtinguantur? 30

XVII. Quotuplex ſit ius? 32

XVIII. An ius publicum ſit ex præceptis Naturalibus Gent. & Ciuil. collectum? 33

XIX. Quomodo ius naturale ſit immutabile? 34

XX. Cuius iuris neceſſaria & legitima defenſio? 36

XXI. An pudicitiam liceat armis defendere cum internecione aduerſarij? 39

XXII. An in foro poli & conſcientiæ defenſio ſit permiſſa? ibid.

XXIII. An pro defenſione rerum liceat aduerſarium occidere? 41

XXIV. Vtrum perſonas neceſſarias aliquis teneatur aduerſus inuaſorem defendere, etiam cum nece aduerſarij, ſi aliter non poſsit illas perſonas defendere? 44

XXV. Quomodo probanda ſit defenſio neceſſaria? 46

XXVI. Quænam pœna ſit afficiendus, qui moderamen inculpatæ tutelæ excedit? 47

XXVII. An matrimonium ſit iuris naturalis? 48

XXVIII. An ius naturale rectè dicatur duplex, primæuum & ſecundarium? 50
XXIX. An omnes contractus ſint ex iure gentium? ibid.
XXX. Ex quonam iure actiones deſcendant? 51
XXXI. Vtrum omne ius naturale ſit ius gentium, & contra omne ius gentium ſit ius naturale? 56
XXXII. Quid differat conſuetudo à lege ſcripta? 58
XXXIII. An leges nouæ pœnales ad delicta prius perpetrata trahi debeant? 64
XXXIV. An princeps propter vtilitatem neceſſitatem publicam priuatis ius quæſitum auferre poßit? 73
XXXV. Quatenus princeps ſit legibus ſolutus? 67
XXXVI. Placita principum quæ & quotuplicia ſunt? 85
XXXVII. Reſcripta Imperatorum ad litem impetrata, an ſint perpetua? ibid.
XXXVIII. An reſcripta ab vno impetrata reliquis conſortibus proſint? 86
XXXIX. Quomodo perſonales conſtitutiones principum ſint interpretandæ? 92
XXXX. An Doctores creati à comitibus Palatinis gaudeant iiſdem priuilegijs, quibus creati in Academijs? 93
XXXXI. Quanta ſit autoritas Gloſſæ 95
XXXXII. Quænam ſit autoritas communis opinionis? 96
XXXXIII. Quomodo Theoria cum praxi ſit coniungenda? 103
XXXXIV. Quomodo communis opinio ſit probanda? 104
XXXXV. An ſententia contra communem opinionem lata ipſo iure ſit nulla? ibid.
XXXXVI. Conſuetudo quot modis dicatur? 105
XXXXVII. Quid differat conſuetudo à moribus? ibid.
XXXXVIII. Quid differat conſuetudo ab obſeruantia? ibid.
XXXXIX. Quid differat conſuetudo à Stylo? 106
L. Quomodo conſuetudo ſit facti? ibid.
LI. An conſuetudo debeat eſſe rationabilis? ibid.
LII. An ſecundum malam conſuetudinem agens à pœna excuſetur? ibid.
LIII. An conſuetudo in ſcripturam redacta deſinat eſſe ius non ſcriptum? 107
LIV. An populus non-liber poßit conſuetudinem introducere? 108
LV. An pars ciuitatis poßit ſibi facere conſuetudinem? ibid.
LVI. An Collegia artificum poßint conſuetudinem introducere? ibid.
LVII. Ad conſuetudinem introducendam quantum tempus requiratur? 109
LVIII. Quot actus ad introductionem conſuetudinis requirantur? ibid.
LIX. Quales actus requirantur ad introducendam conſuetudinem? ibid.
LX. An conſuetudo poſterior poßit abrogare legem priorem. ibid.
LXI. An conſuetudo probari debeat? 110
LXII. Quomodo conſuetudo ſit probanda? 111
LXIII. An ſtatuta debeant eſſe rationabilia? 112
LXIV. An ſuperioris conſenſus requiratur ad ſtatuta illorum, qui huic ſine conditione ſubijciuntur? 113
LXV. Quibus modis exteri teneantur ſtatuto? 114
LXVI. An Clericus ſubijciatur ſtatutis laicorum? ibid.
LXVII. An teſtamentum factum ſecundum alicuius loci ſtatutum, extra illum locum vim habeat? 115

DISPV-

DISPVTATIONIS PRIMÆ
De
Iustitia Et Iure
THESIS PRIMA,
Reſolutio.

Lit. A. Quæſtio I. *An ius deriuetur à iuſtitia.*

A Iustitia, quæ totius iuris noſtri finis eſt vnicus & adæquatus, Authore Vlpiano, ius deriuatur *l. 1 in pr. ff. de iuſt. & iur.* Quod etſi à multis in dubium reuocetur, mihi tamen veriſſimum videtur, cum teſtimonio tanti ICti ipſiusq; Imperatoris Iuſtiniani, admodum perſpicuò nitatur.

Qui in contrariam diſcedunt ſententiam, mouentur potiſſimum autoritate Ciceronis, qui *lib. de LL.* iuſtitiam ait, eſſe obtemperationem ſcriptis legibus inſtitutisq; populorum, vnde dicendum videtur, Iuſtitiam eſſe poſteriorem legibus ac iure, ac iuſtitiam potius à iure, quam contra, ius à iuſtitia, appellatam eſſe.

Cui accedit teſtimonium omnium Grammaticorum, ſtatuentium iuſtitiam, origine verbi à iure appellatam eſſe. Vt nunc taceam alia fundamenta, tam ex iure, quam ex ſcriptis philoſophorum petita, quæ recenſui & refutaui *lib. 1. tract. 1. q. 8. variar. reſol. iur. ciuil.*

Mihi ſententia Autoris noſtri, quæ etiam communis eſt, circa propoſitam controuerſiam perplacet, quod nempe diſtinguendum ſit inter ius conſtitutum, ſiue id quod ſemper æquum & bonum eſt, & inter ius, quod artem iuris ſeu iuriſprudentiam denotat, ita vt priori modo ius acceptum, non à iuſtitia deriuetur ſed à iubendo, vt cuius poteſtas ſit præcipere ea & iubere, quæ Reipub. aut priuatim ſunt vtilia: Idque vel verbis abſolute imperando, aut relate, vt vetando, permittendo, vel rebus & exemplis, vt puniendo *l. 1. ff. de ll.*

Non obſtante eo, quod hæc notatio non ſit conuertibilis cum ſuo notato, cum multa ſint iuſſa priuata, quæ minimè vim iuris obtineant, cuiuſmodi ſunt iuſſa parentum, dominorum, præceptorum, &c.

Nam non eſt hoc bonæ notationis requiſitum neceſſarium, vt ſit cum ſuo notato conuertibilis, prout arguit Notatio Teſtamenti propoſita in *prin. Inſtit. de teſtament. Ordin.* Itemque notatio mutui, propoſita in *prin. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.*

Quod autem ius potius dictum eſt à iubendo, licet alia plura ſint iuſſa, eius hanc rationem reddit Donellus, quod nempe ius, per Excellentiam, iuſſi nomen mereatur, cum in eo præter cętera præcipua ſit & efficax, cum iubentis poteſtas, tum iuſſus autoritas. Poſteriore modo ius acceptum, quo ſcilicet artem iuris, ſeu iuriſprudentiam ſignificat, rectè dicitur deſcendere à iuſtitia, & hac poſterius eſſe, id quod Cuiacius hoc argumento probat: *Omnis*, inquit, *ars poſterior eſt eo, quod arte illa continetur*: iam verò arte iuris, ſeu arte æqui & boni continetur iuſtitia. Ergo ius, quatenus artem ſignificat, poſterius eſt iuſtitia.

Atque hoc ipſum voluiſſe Vlpianum in *d. l. 1.* colligitur ex ipſo legis contextu: cum enim Iuriſconſultus dixiſſet: iuri

Digitized by Google

hoc eſt præceptis iuris, operam daturum noſſe oportere, vnde nomen iuris deſcendat, incontinenti ſubiicit. Ius à iuſtitia deſcendere, huicque iterum è Veſtigio ſubiungit. Ius eſſe artem æqui & boni, vt ita & antecedentia & conſequentia liquidò oſtendant, per ius eo in loco Vlpianum intellexiſſe artem iuris.

Illud obſeruandum eſt, quod cum Vlpian. in *dict. leg. 1. Digeſt. de iuſt. & iur.* dicit, jus appellari à iuſtitia, non loquatur de Grammatica, ſed de Logica notatione, quæ non tam verborum, quam rerum deductionem reſpicit: hoc autem colligitur ex ratione huius deriuationis, quam in continenti ſubiicit, ait enim ius à iuſtitia appellatum eſſe, quia ius eſt ars æqui & boni atqui non ideo ius, quia eſt ars æqui & boni, grammatice à iuſtitia deriuatur, quoniam nec æquũ & bonum appellatum eſt à nomine iuſtitiæ.

Obſeruandum præterea, finem cuiusque rei poſſe conſiderari dupliciter vt producendum & vt productum.

Priori modo conſideratum priorem eſſe eò, cuius eſt finis: at poſteriori modo eſſe poſteriorem iuxta illud, *finis primum eſt in intentione & vltimum in productione.* Igitur eſt iuſtitia, quatenus conſideratur vt producenda & tanquam finis juris prudentiæ, prior eſt jure; quatenus vero vt effectus, et tanquam producta, eſt jure poſterior.

Poſtremò notandum, juſtitiam jure, nempe accepto æquivoce, eſſe & priorem & poſteriorem: priorem arte ſeu diſciplina, qua ad habitum ad ſequendum vtimur: poſteriorem notitia ſine quæ nullus vnquam habitus exiſtit.

Qu. 2. *An iuſtitia recte definiatur conſtans & perpetua volũtas?*

Item juſtitiam priorem eſſe jure, quatenus jus artem juris ſignificat: poſteriorem vero, quatenus ſignificat jus conſtitutum.

Definitur iuſtitia conſtans & perpetua voluntas ſuum cuique tribuendi.

Quæ definitio varias incurrit difficultates & interpp. reprehenſiones meo tamen iudicio ſaluari & defendi commode poteſt; ſi primo obſeruauerimus per *conſtantem & perpetuam voluntatem*, nihil aliud deſignari, quam habitum; ſic vt perinde ſit, ac ſi Iuſtinianus definiviſſet, iuſtitiam habitum eſſe ſuum cuique tribuendi, per metonimyam effectus, poſito effectu pro cauſa cum habitus ſit cauſa voluntatis, qui enim aut virtutis aut vitij habitum ſibi comparauit, voluntatem nactus eſt, in poſterum, ſecundum virtutem aut vitium vivendi, vnde & Ariſtoteles inter alias notas habitus acquiſiti & hanc refert: Si quis propoſitum habeat conſtans eodem modo in poſterum etiam agendi & viuendi: *lib. 6. & hic. Nicom.* Donellus *2. Comm. 1.* Et ſane non eſt hoc infrequens in iure noſtro, ut etiam in definitionibus, per metonimyam, effectus ponatur pro cauſa; prout arguit definitio vſucapionis, tradita à Modeſtino in *l. 3. de vſurpat.* & *vſucap.* qua vſucapio definitur *adiectio*, *ſeu acquiſitio dominij*, cum tamen adiectio dominij effectus ſit vſucapionis. Vel ſi hoc non placet, dicendum cum noſtro autore, iuſtitiam definiri voluntatem per metoninyam ſubiecti, poſito ſcilicet ſubiecto pro adiuncto: voluntas quippe iuſtitiæ ſubiectũ in quo, ſeu inhæſionis eſt; cum iuſtitia ſit in voluntate, tanquam in ſubiecto.

Secundo notandum, quod per conſtantem & perpetuam voluntatem non intelligatur abſolutiſſima & perfectiſſima conſtantia, quæ ſolius eſt Dei, qui ſolus eſt immutabilis, *Malach. 3. verſ. 6.* ſiquidem, dicente Imperatore, in nullo errare, ſed in omnibus irreprehenſibilem eſſe, diuinæ ſolius, non etiam mortalis eſt conſtantiæ in *Conſtitut. ad Senat. quæ incipit Dedit nobis. §. ſi quid autem. 13. & §. ſed, &c.*

Verum talis hîc intelligitur conſtantia, quæ in hominem cadere poteſt, quamq; naturæ humanæ imbecillitas admittit. Quip-

Quippe talia ſunt prædicta, qualia permittuntur eſſe à ſuis ſubiectis, vt habet tritum illud Philoſophorum. Hæc autem conſtantia licet minus perfecta ſit, ſi cum illa diuina conferatur, tamen humano modo loquendo nihil vetat & eam conſtantiam appellare. Præterea ad propoſitum argumentum Coraſius in *l. 10. ff. de iuſt. & iur. n. 6. & part. 1. de arte iur. cap. 22.* reſpondet, iuſtitiam definiri hoc loco in abſtracto & naturali ſua perfectione ac puritate, non vero in concreto ſeu qualis in ſubiecto exiſtit.

Denique reſpondent alij definitionem propoſitam non eſſe iuſtitiæ humanæ ſed diuinæ: qua de re poſtea latius dicemus.

Qu. 3. *An pro amico iudicandū ſi ob iuris ignorantiam non poſſit conſtare iudici, pro utro litigantium pronunciari debeat?*

Ex hoc porro quod iuſtitia, quam iudex in iudicando ante oculos habere debet, definitur conſtans & perpetua voluntas ſuum cuique tribuendi, ſuboritur quæſtio juriſconſultorum diſputationibus nobilitata, & ad vſum fori admodum accommodata; quando ob ignorantiam iuris ita res incerta & ambigua eſt, vt non poſſit conſtare pro vtro litigantiū iudicari & pronunciari debeat, quid iudici ſit faciendum.

Sunt enim primo quidam, q̃ exiſtimant cum vſque adeò vtriuſque partis ius ambiguum eſt, iudicem poſſe gratificari parti cui velit & affectioni atque amicitiæ nonnihil tribuere, ac pro amico illoque iudicare, cui magis faueat; vnde etiam huiuſmodi quæſtiones ambiguas vulgò pro amico appellarunt. Pro qua opinione facere videtur, quod quando iura ſunt obſcura, fauendum potius ſit reo, quam actori *c. actori de R. iur. in 6.* quemadmodum etiam dicimus in dubio pro dote eſſe reſpondendum *l. in ambiguis ff. de iur. dot.*

Cæterum hæc opinio refellitur ex eo, quod ius ſemper ſit certum, licet in ſcientia noſtra quandoque incertum ſit *l. ſed ſi reſtituatur §. fin. in fine ff. de iudic.* atque ideo non poſſit pro lubitu ſuo iudex huic parti magis, quam alteri gratificari aut fauere.

Theſſaurus in locis ab autore citatis. Accedit quod non debeat ignorantia iudicis alteri litigantium nocere: iam vero noceret alteri, ſi iudici permitteretur ob ſuam inſcitiam alterutri, cui voluerit gratificari, atque ſic etiam ei, cui ius non aſſiſteret.

Adde, quod ius diuinum indiſtincte prohibeat rationem habere atque reſpectum perſonarum in iudicio *Leuit. 19. v. 15. Deuter. 1. v. 17. et cap. 16. v. 19.* Præterea iudex, hac ratione aduerſus animi dubietatem pronuncians, exponeret ſe periculo lædendi alterum, ac per conſequens peccandi mortaliter, quod non licet, cum nemo agere debeat illud, de quo dubitet an ſit peccatum vel non. Vnde etiam in *capit. per tuas. de ſimonia.* ſancitur illum, qui opinatur Epiſcopū eſſe Simoniacum non eſſe ab eo ordinandum, niſi prius errorem exuat. Quin etiam conſcientia errorem ligat vel ad ſui depoſitionem, vel ad faciendum id, quod illa ſuadet D. Thomas *1. & 2. quæſt. 13. art. 5.* Ita ergo hoc in caſu ſi iudex dubitat, non debet fauere amico. Hinc denique ſcriptum eſt in *capit. paſtoralis. de fide inſtrum.* iudicem iudicare minime debere ſecundum decretalem, de qua merito dubitat an iuri conſentanea ſit Menoch. *cent. 4. arb. quæſt 139.*

Nec ad rem quicquam facit, quod in dubio pro re vel perſona fauorabili, veluti pro reo & pro dote ſit reſpondendum, ergo etiam pro amico, qui & ipſe perſona fauorabilis eſt. Nam hoc ita intelligendum eſt, modo illa dubietas ab animo ante ſententiam expellatur: & priuſquam iudicet, credat ius eſſe reo, doti & cauſæ fauorabili, vel amico ſuo: vel ſi hoc non credat, ſaltem certo ſtatuat, eo caſu pro illis eſſe iudicādum. Deinde reſponderi poteſt, quod etſi iura iubeant in re dubia pro dote ac aliis cauſis, his ſimilib. iudicare: nō tamen iubeat fore iudicandū

pro amico. Quocirca, qui in re dubia pro amico iudicare vult, omnem prius exuat dubietatem & credat illius eſſe vel ſaltem pro eo eſſe iudicandum, iuxta dictum *Deut.8.* Menoch.*caſu 339.cent.4.*

Secundo alij exiſtimant, in ambiguo litem ſorte eſſe dirimendam, ita vt ſecundũ eum ſit iudicandum, quem ſors tetigerit. Cuius ſententiæ hæc adduci ſolent fundamenta 1. In iure noſtro ciuili frequentiſſime ac fere ſemper, quoties duo vel plures ſuper re, aut iure aliquo diſceptantes, conuenire nequeunt, ſortis iudicio res committitur. Sic enim in *l. ſi quæ ſunt cautiones.ff.famil.herciſc.* cautum legitur, ꝙ ſi omnes iiſdem ex partibus hæredes ſint, nec inter eos conueniat apud quem potius cautiones hereditariæ eſſe oporteat, ſortiri eos debere: in *l ſed eum ambo.ff de iudic.* ſtatuitur, in actionibus duplicibus eũ actorem eſſe, qui primus ad iudicium ꝓuocauit, ſed cum ambo ad iudicium prouocant, tum ſorte rem eſſe diſcernendã, ad quam etiam legem notat Baldus, quod vbi non valet ingenium, rem eſſe committendam fortunæ. In *l. vlt. C. communia de legat. & in §. optionis. Inſtit. de legat.* cauetur expreſſe, quod ſi plures, quibus optio relicta eſt, non conueniant in electione, rem ſorte dirimendam eſſe, fortunamq; huius rei iudicẽ conſtituendã, vbi itidem Bald. notat, quod iudicium ſortis dicatur iudicium fortunæ, cuius dux eſt Deus, prout Senecam ſcripſiſſe dicit in *l. generaliter. §. quid ergo ſi plures. ff. de fideicommiſſ.* proponitur quis rogatus ſeruos manumittere, & ad quorundam precium ſufficere id quod relictum eſt, ad omnium nõ ſufficere, cogitur heres eum vel eos, quorum precium patiatur manumittere: qui autem potius manumittendi eſſent, ſorte diiudicandum eſſe dicitur, præterea in *l. 2. C. quando & quibus quarta pars.* decernitur, vt ſi heredes, aut ſocij nõ cõueniant in rei communis diuiſione, eam ſorte diuidendam eſſe.

2. Accedit his textibus regula in iure vulgata in *l. vſufructuar. ff. de vſufruct.* vbi dicitur quod propter difficilem rerum diuiſionem permittitur aliquid, quod alias prohibetur, quia talis difficultas inducit quandam impoſſibilitatem, ſecũdum Innocent. *in c. non eſt. de deci.* Sic igitur in propoſito, licet alias non eſſet ad iudicium ſortis recurrendum, tamen propter difficilem & impoſſibilem primogeniti cognitionem, admittendum videtur iudicium ſortis.

3 Confirmat eandem quoque ſententiam non parum, quod Deus ipſe terram promiſſam inter tribus populi Iſraelitici iuſſerit ſorte diuidi: ſic enim *Num. 26. pluribus* ait, *maiorem partem dabis & paucioribus minorem: ſingulis, vt nunc recenſiti ſunt, tradetur poſſeſſio, ita duntaxat, vt ſors terram tribubus diuidat & familiis; quicquid ſorte contigerit hac vel plures accipiant, vel pauciores.* Et *c. 33. Num. Ego dedi illam vobis in poſſeſſionem, quam diuidetis vobis ſorte, plurib. dabitis latiorem. Singulis, vt ſors ceciderit, ita tribuetur hereditas.* Et *c. ſeq. cũ ingreſſi fueritis terras Chanaan & in poſſeſſionẽ vobis ſorte ceciderit his finib terminabitur, &c.* Et rurſus: *Hæc erit terra, quam poſſidebitis ſorte.* Et *Deut. 1. Et ipſe ſorte terrã diuidet Iſrael.* Et *c. 30. eam ſorte diuides.* Idquod etiam factum eſſe conſtat ex *c. 1. 3. Ioſue.* Et *1. Paralip. 24. Pſalm 77.*

4. Inſuper non parum roboris addit huic ſentẽtiæ, ꝙ in vet. Teſtam. ſummi ſacerdotes, Leuitæ, Ianitores & cęteri ſacris reb. præfecti, ſortib. deligi fuerint ſoliti, vt colligitur ex *1. Paral. 24. 25. & 26* atque ita quoq, per ſortẽ Matthias electus eſt Chriſti Apoſtolus *Act. 1.* vbi cum Petrus & cæteri Apoſtoli decreuiſſent in locũ Iudæ Iſcariothis alterum ex Ioſeph. & Matthia ſubſtituere, ſorti rẽ cõmiſerunt & ſors cecidit ſuper Matthiã. Atq; hinc clericos dictos eſſe, ꝙ Matthias primus ſorte elect⁹, qui primus ab Apoſtolis ordinaretur, traditur in *c. Cleros. 21. diſtinct.* Κλῆρος n. ſors dicitur, vnde & κληρὸς ſorte datus & elect⁹.

5. Quin

5. Quin & exemplis admodum illuſtrib. hæc roboratur ſententia. Nã referẽtib. rerum Romanarum Scriptoribus; Romulus & Remus, cum eſſent gemelli, nec ætatis verecundia diſcrimẽ facere poſſent (ignorabatur enim vter primus eſſet) ſorte augurij controuerſiã diremiſſe, vter nomen nouæ vrbi daret, quiq; conditam imperio regeret. Sed & poſt mortem Romuli interrex ſorte delectus eſt: nam Patricii in Senatum conſcripti à Romulo, ducenti numero, cum eſſent, diuiſi ſunt in decurias, poſteaq, immiſſa ſorte illi, quorum ſors prima exibat, vrbi præſidebant Imperatorium magiſtratum agentes. Sic & Darius primus, rex Perſarum regnum ſorte adeptus eſt; nam, eo regno vacante, mortuoq; Cambyſe, ſeptem ex Perſis, & ij quidem prudẽtiores ſucceſſionem regni ſorti fortunæq; commiſerunt, ita ſcilicet, vt ſubortũ ſolis, cõſcenſis equis, eos ante regiam poducerent & cuius equus vocẽ primus edidiſſet, is regno potiretur: quod & factũ eſt, Dariusq; eo pacto quoniam ſcilicet eius equus primus omnium inhinniuit regnum obtinuit, referẽte Herodoto. Quin & ſucceſſores Alexand. Magni regnum ſorte inter ſe diuiſiſſe ſcribit Iuſtinus *lib. 13.* Sed & illos triumuiros Auguſtum ſcilicet, Lepidum & Antonium orbis imperium ſorte partitos fuiſſe, conſtat ex Appiano Alexandrino paulo poſt *princ. lib. 1.* Idem quoque de Conſtantino, Conſtante, & Cõſtantino, Conſtantini illius Magni filiis, teſtantur hiſtorici.

Refutatio huius opinionis.

VEruntamen etſi opinio hæc ſpecioſis videatur niti fundamentis, non tamen eam ſuſtineri poſſe opinor: quia cum iudicium ſortis & fortunæ æquiparentur, vt Baldus ſcribit in *l. 2. C. commen. de legat.* fortuna autem ſit varia & inconſtans ſecundum M. Tullium Ciceronem, qui *lib. 2. de nat. Deor.* ſcribit; Fortunam nemo ab inconſtantia & temeritate ſeiunget & *lib. 2. de diuinat.* Nihil eſt tam contrarium rationi & conſtantiæ, quã fortuna, idcirco & ſors erit pariter inconſtans & rationi ac conſtantiæ contraria: ac conſequenter res dubia, præſertim ſi magni ſit præiudicij, ſortis iudicio cõmitti nõ debet. Nec priorẽ opinionẽ confirmant, quæ ſupra fuerũt pro ea adducta. Quod n. primo ad textus, ex iure ciuili adductos, in quib. permittitur dubia cõtrouerſia, ſorte dirimi, ad eos reſpondetur, primo in caſib. in iure expreſſis ſortis iudiciũ eſſe admittẽdũ: in caſib. vero nõ expreſſis ſortis iudicio rem cõtrouerſam cõmittendã non eſſe, ita Bal. in *l. meminimus. C quando & quib quart. pars.* Proinde cũ in caſu noſtro nulla lex, nulla principis conſtitutio ſortẽ admittat, ideo ex textib. adductis nil quicq̃ firmiter inferri poteſt. Secũdo cõis fere opinio & theorica eſt in quæſt. facti nunq̃ eſſe locũ ſorti, ſed factum allegantẽ ad eius probationẽ obligatũ eſſe *l. Actor. C. de probat.* At quęſtio præſens, vter primo genit⁹? eſt quæſtio facti, nõ eſt quæſtio iuris. Igitur in ea ſors locum ſibi vindicare neqt. Cæterum leges ſupra allegatæ loquuntur nõ de quęſtionibus facti, ſed quæſtionibus iuris.

Ad ſecundum reſp. conſequentiã negãdo, in re difficili admittuntur, q̃ alias ꝓhibita ſunt. Ergo in dubio ſortis iudiciũ admitti debet. Cũ n. vt dictũ & per ſe plus q̃ certum ac manifeſtum ſit, ſortẽ eſſe periculoſam, incertam & variam, atque ab inconſtanti fortuna dependere, idcirco nec in re difficili, quæque alicuius præiudicij eſt, res ſorte diiudicare debet.

Ad tertiũ & quartum reſp. factũ Dei omnipotẽtis ab homine nõ ſemper ad imitationẽ eſſe trahendũ: Deus ſiquidẽ iubẽs terrã ſanctã & populo Iſraelitico promiſſam inter trib. per ſortẽ diuidi, ſortẽ in manu habuit, eamq; ꝑ arbitrio eò dirigere potuit, quo ꝑuenire debuit: vt debitũ cuiq, ceſſerit, nec quiſq̃ læſus fuerit. Quare, q in adducto argumẽto ꝓponitur, facti eſt nõ iuris, & facti quidem ſingularis, q ad imitationẽ nequaq̃ trahẽdũ. Idq; clariſ & atq; perſpicuis verbis Hieron. ſignificat ita ſcribẽs: *Non ſtatem debemus ſub exemplo Ionæ ſortibus credere, vel illud de actibus Apoſtolorũ huic teſtimonio copulare: vbi ſorte in Apoſtolatũ*

Mat-

Matthias eligitur; *cum priuilegia ſingulorum non poſſint facere legem communem. cap.2. cauſ.26. quæſt.2.* Et Beda ſuper *actor. Apoſt. c.1. Non*, inquit, *exemplo Matthiæ, vel quod Ionas Propheta ſorte deprehenſus ſit, indifferenter ſortibus eſt credendum*; *cum priuilegia ſingulorum* (*vt Hieronymus ait*) *communem legem facere omnino non poſſint.d.quæſt. 2.cap.4.*obſeruandum etiam, quod cum Apoſtoli Matthiæ vocatio non debuerit eſſe ſimpliciter mediata, ſed Apoſtolica, ideo ſorte electum fuiſſe Matthiam: poſtea vero in vocationibus aliorum, vt cum diaconos eligebant *Act.6.* Apoſtoli non ſunt vſi ſorte. Ex quo & ipſo relucet exemplum Matthiæ extraordinarium & ſingulare eſſe, nec ad conſequentiā porrigendum *arg.l.quod contra.de reg.iur.* multo minus exinde ius commune extruēdum.

Ad poſtremum reſpondetur, non exemplis, ſed legibus iudicandum, nec exempla eſſe iuris, ſed facti.

Quapropter ſententia hæc, cum admodum ſit periculoſa recipi temere non debet: ſunt equidem nonnulli, qui tunc ſorti locum tribuendum eſſe contendant, cum vterque deſiderat controuerſiam ſorte dirimi, quoniam hoc caſu neutri, vtpote volenti & conſentienti, fiat iniuria: item cum neceſſitas aut grandis vtilitas vrget, nec niſi cum magna religione, reuerentia, expiationibus, jeiuniis, mundicia, precibus, votis, ſacrificiis, conſecrationibus cæterisque adhibitis religionum ſacris myſteriis, id quod etiam in ſupra citato *cap.4.* Beda confirmat, quando ſubiicit; ſi qui tamen, neceſſitate quadam compulſi, Deum putant ſortibus exemplo Apoſtolorum eſſe conſulendum, videant hoc ipſos Apoſtolos non niſi collecto fratrum cætu, precibus ad Deum fuſis egiſſe.

Vdalricus Zaſius in *l.3. §. ex his nu.* & *ſeqq.* ſub diſtinctione hanc ſententiam admittit: ita vt ſi ſors iacienda ſit ſuper iure: vt ſi iudex dirimat ſorte, quæ ſpecies ex genere debeatur: tunc poſſit res ſorte dirimi quia deberi aut non deberi iuris ſit *pr.Inſt.de obligat.* communis autem regula ſit, quod in his quæ iuris ſunt, detur diremptio vt in *l. in hoc iudicio. ff. famil. herciſc.l. duo ff.de tutel.*atque ita procedat dicta *l.fin.C.communia. de legat.* Super facto autem iudex non dirimat ſorte iuxta gloſſ. ſingularem & ab omnibus commendatam in *l.unic.C.uti poſſidet.* veluti ſi iudex vellet ſorte dirimere, qui inter heredes eligant, quorum electio præferatur. Verum Antonius Theſſaurus & hāc opinionem improbat eo, quod ſatis periculoſum ſit, rem ſorti committere, cum ſæpe accidat, ut ſors, fortunæ iudicio commiſſa, in deteriorem partem cadat.

TERTIO itaque Bartolus ad *l.ſi duo 3. num.4.& ſeqq.ff.vti poſſidet.* putat iudicem oportere rem litigioſam inter partes dividere

1. Quia ſi duo vſufructuarij ſint in fundo; forte quia cuilibet relictus ſit uſufructus in teſtamento in ſolidum, iſti certe facient ſibi partes concurſu, & uterque pro medietate habebit uſumfructum, idque neceſſitate iuris ſic ſuadente.

Proinde eadem neceſſitatis ratione dicendum in propoſito concurſu fieri partes, ut quisque litigantium pro medietate poſſideat.

2. Quia & Iuſtin.in *§.final.Inſtit.de vulg. ſubſtitut.* & Iulianus, in *l.49.ff.de hered. inſtit.* in quæſtione admodum dubia rem, de qua erat controuerſia, diuiſerit inter litigantes, ſubſtitutum videlicet & inſtitutum. Daut. in loco ab autore citato.

3. Denique quod in dubio ea ſententia arripienda eſt, quæ medium tenet quæque alterutrum minime lædit. *arg.§.Cum ex aliena materia.25.I.de Rer.diuiſ.*

Sed nec hæc ſententia recipienda videtur, quia, ea admiſſa, contingeret vt cui integra res ſoli debetur, parte eius defraudetur, nec ſuum conſequatur; contra, quam iuſtitia præcipit.

Hinc

Hinc primum argumentum Bartoli huc non pertinet.

Secundum quoque idcirco opinionem eius non confirmat, quia de voluntate teſtatoris plane non conſtabat, nec etiam conſtare poterat, ſi ſciuiſſet, eum quem tanquam liberum inſtituit, ſeruum eſſe, vtrum nihilominus fuiſſet inſtituturus, an minus: ne autem penitus corrueret ac circumueniretur vltima defuncti voluntas, ſi fortaſſis ei hæreditas aſſignaretur ac crederetur, cui eam deferri teſtator noluit: alter vero cui eam tribui voluit, penitus ea fraudaretur; Idcirco veteres ſapientes Legumlatores, quo quantum fieri poſſet, vltima voluntas conſeruaretur, hæreditatem inter inſtitutum & ſubſtitutum in caſu *d. l. 40.* diuidi voluerunt.

Ad vltimum reſpondeo, etſi ſint leges quibus iubeamur rem per mediocritatem dirimere: noſtrum eſſe ita negocium moderari, vt vni detrahendo aliquid impertiamus alteri, cum illa iuſtitia ſit, quæ ſuum cuique tribuit. Committendum itaque non eſt, vt ſi tota res ex cauſis adiudicanda ſit alicui, ipſi partem duntaxat tribuamus, quod in propoſito accideret. Et ſane in *d. §. 25.* in ambiguo non fit nouæ ſpeciei diuiſio, ſed alterutri tota aſſignatur.

QVARTO alij putant iudicem, ſi cauſa adeo dubia ſit, vt non liqueat pro vtro litigantium ſententia ferri debeat, partes contendentes ſine ſententia dimittendos eſſe, iudicemque iurare oportere ſibi non liquere. Confirmatur autem hæc opinio ex *l. Pomponius 13 §. final. ff. recept arbitr.* Vbi Pomponius ſcribit, ſi forte arbiter vrgeatur à prætore ad ſententiam, æquiſſimum fore, ſi iuret ſibi de cauſa nondum liquere ſpacium ei ad pronunciandum dari.

Secundò probatur etiam ex *l. Pomponius 36. ff. de re iudicat.* vbi iudex etiam ordinarius à iudicandi neceſſitate immunis eſt, nec iudicare tenetur, nec ſententiam in ea controuerſia dictat.

Tertiò probatur idem exemplis admodum illuſtribus, quibus in re plane ambigua abſque ſententia partes ſunt dimiſſæ: vnum extat apud Gellium *14. Noct. Attic. cap. 2.* Homo integerrimæ vitæ & expertæ fidei petebat pecuniam a reo, qui erat vita turpi, mendax, perfidus & fraudulentus. Actor nullas probationes habebat, quibus à reo ſibi deberi pecuniam euinceret: ICti dixerunt reum abſoluendum eſſe, ex regula non probante actore, &c. *l. 4. C. de edendo & l. 2. C. de probat.* Fauorinus Philoſophus, maximæ tum temporis autoritatis, contra condemnandum pronunciauit: Gellius iudex datus iurauit ſibi non liquere, & ita iudicatu illo ſolutus eſt. Aliud conſimile periluſtre exemplum refertur apud eundem Gellium *lib. 12. c. 7. & Valer. Maximus. lib 8. cap. 1.* cum mulierem Smyrnea maritum & filium eodem tempore, venenis clam datis, e medio ſuſtuliſſet, atq; id ſe feciſſe confiteretur, diceretq; habuiſſe ſe huius facinoris cauſam, quoniam ille idem maritus & filius alium filium mulieris, ex priori matrimonio genitum, adoleſcentem optimum & innocentiſſimum per inſidias occidiſſent. Ad Areopagitas re delata, illi, causà cognita, accuſatorem mulieris & ipſam quæ accuſabatur centeſimo anno adeſſe iuſſerunt. Deniq; huc maxime pertinere videtur, quod ab eodem Gellio refertur *lib. 5. c. 10.* Cum Euathlus, adoleſcens diues, eloquentiæ diſcendæ, cauſarumq; orandi cupiens in diſciplinam Protagoræ ſeſe dediſſet, daturumq; promiſiſſet mercedem grandē pecuniam, quantum Protagoras petiuerat dimidiamque eius iam tunc dediſſet ſtatim priusquam diſceret, pepigiſſetque vt reliquum dimidium daret quo primo die cauſam apud iudices oraſſet & viciſſet: poſtea cum aliquandiu auditor & aſſecutor Protagoræ fuiſſet, & in ſtudio quidem facundiæ abunde

promouiſſet, cauſas tamen nō reciperet, tempusq; iam longum tranſcurreret, & facere id videretur, ne reliquum mercedis daret: capit conſilium Protagoras, vt tum exiſtimabat, aſtutum. Petere inſtituit ex pacto mercedem, litem cum Eualtho conteſtatur, & cum ad iudices coniicendæ conſiſtendæq; cauſæ gratia veniſſent, tum Protagoras ſic exorſus eſt: Diſce, inquit, ſtultiſſime adoleſcens, vtroque id modo fore, vt reddas quod peto, ſiue contra te pronunciatum erit, ſiue pro te. Nam ſi contra te lis data erit, merces mihi ex ſententia debetur, quia ego vicero: ſin vero ſecūdum te iudicatum erit, merces mihi ex pacto debebitur, quia tu viceris. Ad ea reſpondet Eualthus: potui, inquit, huic tuæ tam ancipiti captioni ire obuiam, ſi verba non ipſe facerem atque alio Patrono vterer? ſed magis mihi in iſta victoria prælodium eſt, cum te non in cauſa tantum, ſed in argumento quoque iſto te vinco. Diſce igitur tu quoque Magiſter ſapientiſſime, vtroq; modo fieri vt non reddam quod petis: ſiue contra me pronunciatum erit, ſiue pro me. Nam ſi iudices pro cauſa mea ſenſerint, nihil tibi ex ſententia debebitur; quia ego vicero: ſin contra me pronunciatum venerit nihil tibi ex pacto debebo, quia non vicero.

Tum iudices dubioſum hoc inexplicabileque eſſe, quod vtrinque dicebatur, rati, ne ſententia ſua, vtramcunque in partem dicta eſſet, ita ſeſe reſcinderet, rem in iudicatam reliquerunt, cauſamque in diem longiſſimam diſtulerunt.

Quapropter dicendum, quotiens occurrit adeo perplexa & dubia cauſa iudicem ſuum iudicium ſuſpendere, & in longiſſimum tempus differre oportere.

Cæterum & hæc ſententia diſplicet Menochio. 1. tum quod in iudicata cauſa hæc ſcandalum aliquod inter contendentes parare poſſit, vt quibus occaſio præberetur ad arma veniendi, quod iudex omnino præcauere debet, *l. æquiſſimum. ff. de vſufruct.* 2. Tum quod ſententia à iudice requiratur certa *l. fin. C. de ſententiis, quæ ſine cert. quant. §. curare Inſtit. de act.* qua controuerſia dirimatur, finemq; accipiat.

Nec pro hac opinione quicquam facit *d. l. 13.* ſiquidem non dicit, quod arbiter in cauſa omnino ſuperſedere, atq; ita abſq; ſententia à ſe dimittere partes debeat, ſed quod ipſi ſpacium temporis aliquod ſit concedendum.

Nec magis huc quadrat *d. l. Pomponius. 36.* loquitur enim in eo caſu, quo iudex, qui iurauit ſibi non liquere, collegas habuit, qui nihilominus litem determinare potuerunt Couarr. *1. var. reſolut. 1. nu. 9.*

Nec deniq; ad rem faciunt exempla ex Gellio & Valerio Maximo adducta: cum non ſpectandum ſit, quid ab vllis iudicibus factum fuerit, ſed potius quid fieri debuerit. Nec dubium illum eſt rectius eos facturos fuiſſe, ſi qualicunque ſententia litem diremiſſent, quam quod litigantes ſine ſententia à ſe dimiſerunt.

QVINTO exiſtimant nonnulli in cauſis eiuſmodi dubiis, partes ad Principes remittendas, vt is ius inter eas dicat. Eorumque ſententia confirmari videtur *l. fin. C. de legibus.* Cui & ratio accedit, quod nempe, etſi Princeps & ſuperior non ſit Dominus bonorum ſingularis perſonæ, attamen eius ſit rixas & controuerſias ſedare & componere, quod, vbi alia via præſtare non poterit, partem vni & partem alteri aſſignabit, exemplo Tiberij *in l. 41.* iuncta *l. præced. 40. ff. de hæred. inſtit.* Menoch. *de retinend. poſſeſſ. remed. 3. n. 775.*

Verum enimuero mihi, ſaluo aliorum iudicio, probabilior videtur Autoris noſtri opinio, quod nempe iudex cogere

poſſit

poſſit captis pignoribus partes ad amicabilem compoſitionem & tranſactionem. Quæ ſententia perſpicuo textu *l. 54. §. fin. in fine. ff. de legat. 1.* confirmatur. Eandemq; ſuadet etiam vtilitas publica, quæ in eo conſiſtit, vt lites ſopiantur quam certiſſime.

Qu. 4. *An in definitione iuſtitiæ rectè addatur Tribuẽs?*

Additur denique in definitione iuſtitiæ *ſuum cuique tribuendi*, quæ & ipſa verba à quibuſdam impugnantur: non enim deſunt, qui legere malunt TRIBVENS, quam TRIBVENDI: quam in ſententiam mouentur rationibus quibuſdam, ſed leuiuſculis & valde infirmis, quibus ſatisfeci *lib. 1. tr. 1. q. 1. variar. reſolut. iuris civ.*

Qu. 5. *An Iuſtinianus propoſuerit & definierit iuſtitiam diuinam.*

De hac porro definitione valde diſceptant Interpp. vtrumne de diuina, an vero de humana iuſtitia ſit intelligenda? non enim deſunt eruditi Iuriſconſulti, qui ſerio contendant, Iuſtinianum noſtrum cum Vlpiano voluiſſe definire iuſtitiam diuinam. Et pro hac opinione adducunt argumenta valde ſpecioſa.

Sed tamen mihi contraria opinio ad veritatem & propoſitum Iuſtiniani propius accedere videtur: nam ſi ad intentionem Imperatoris noſtri reſpiciamus, quod vtique faciendum, propoſitum fuit ipſis, eam definire iuſtitiam, quæ eſſet iuris ſiue iuriſprudentiæ noſtræ finis, & quam quis poſſet, beneficio iuris ac legum, aſſequi & obtinere: id quod apud omnes in confeſſo eſt: iam vero iuſtitia diuina non eſt iuriſprudentiæ finis, nec per hominem vllo pacto acquiri & obtineri poteſt: ſequitur ergo hinc, iuſtitiam diuinam à Iuſtiniano & Vlpiano non eſſe definitam.

Vt taceam, quod Iuſtinianus ipſemet in præfatione *Nouellæ 69.* Iuſtitiam accenſeat virtutibus humanis. Illud ſane inficias ire non poſſum, iuſtitiam, reſpectu cauſæ efficientis, & quidem remotæ atque originis ſuæ, dici poſſe diuinam, quia ſicut omne bonum à Deo eſt, ita & iuſtitia. Verum ratione ſubiecti in quo (de quo nobis eſt ſermo) iuſtitia qua Reges regnant, & Conſiliarij iuſta decernunt, humana eſt; hinc leges dicuntur inuentum & munus Dei, cum tamen LL. ciuiles, quoad ſubiectum, ſint humanæ, vti conſtat, atque huc forſan ſpectat, quod Lactantius *libr. 6. diu. inſtitut. ſcribit, iuſtitiam eſſe virtutem, quam DEVS hominibus propoſuerit vniformam & ſimplicem, vt per eam, tanquam habitu quodam animi ordinata, actuum humanorum æqualitas dirigeretur.*

Qu. 6. *An Iuſtinianus vniuerſalem iuſtitiam definierit?*

Similiter de iuſtitiæ definitione diſceptatur, vtrumne de iuſtitia particulari, an vero de vniuerſali accipi debeat? noſter Treutlerus eam de particulari exaudiendam putat, ſecutus Antonium Contium Hugonem Donell. aliosq; celeberrimos ICtos.

Cæterum veritati proprior videtur, magisq; conſona contraria opinio; quod ſcilicet vniuerſalem iuſtitiam Imper. hoc loco definiat. Etenim quod Imperatori & Vlpiano propoſitum fuerit vniuerſalem iuſtitiam definire ac proponere, id vel ex eo clariſſime patet; quod voluerint de illa tractare iuſtitia, quæ eſſet totius iuriſprudentiæ omniumq; LL. adæquatus finis, ad quem vniuerſa iuris præcepta, tanquam ad ſcopum collimarent: atqui ad iuſtitiam particularem non omnes LL. nec omnia iuris præcepta referri poſſunt, quandoquidem hæc particularis iuſtitia verſatur ſolum circa rerum permutationem ac diſtributionem.

Cui accedit, quod iuſtitia vniuerſalis ſit obedientia erga omnes leges, ſecundum Ciceronem *libro 2. de legibus.* & Ariſtotelem *5. Ethic. cap. 1.* Particularis vero iuſtitia ſit obedientia ſecundum quaſdam duntaxat leges, videlicet eas, quæ de commerciis hominum, deque diſtributione bonorum aliquid conſtituunt: atqui iuſtitia quæ hic proponitur &

finis eſt omnium legum, exigit obedientiam erga omnes LL. Cui conſequens eſt, quod non ſit particularis, ſed vniuerſalis iuſtitia.

Atque huc ſpectat, quod Iuſtinianus Imp. ſcribit in *Nou. 69. in præfatione. Vnam quidem eſſe omnium perfectiſſimam virtutem, arbitrandum eſt hominibus, quia iura omnibus diſtribuit: hac eſt ex cauſa cognominata iuſtitia. Etenim vnamquamq; aliarum virtutum niſi ſubſequantur huius bona, fiet nihil horum, quæ competunt: itaq; nec fortitudinem quæ nõ eſt cum iuſtitia, laudabimus, cum ſit patria lingua fortitudinem in armis virtutem appellat ſolum. Et ſi quis ab ea iuſtitiam ſubtrahat, delictorum ſolummodo, non quorundam bonorum fiet occaſio.*

Eodemque ſpectant tria iuris præcepta, quæ cum vniuerſa non comprehendantur iuſtitia particulari, ſed ea longe pateant latius, adeoque ad eamque referri nequeant, firmiter ſtatuendum, particularem iuſtitiam à Iuſtiniano non fuiſſe propoſitam nec definitam. *Lit. D.*

Qu. 7. *Ius, quod à iuſtitia deriuatur quodnam ſit?*

A iure iuſtitiam appellatam eſſe ſub initium huius Theſis luculenter oſtendimus; per ius autem illud, quod à iuſtitia appellatum dicit Iuriſconſultus, & de quo, tum in *lib. Dig. de iuſtit. & iure.* compilatores iuris, tum in titulo Inſtitutionum, qui *de iuſtit. & iure.* inſcribitur, tractandum proponitur, non ius conſtitutum, ſed iuriſprudentia ſignificatur: Id Antonius Gouen. ICtus præſtantiſſimus eleganter confirmat his rationibus.

1. Etenim cum Iuſtinianus Imperator, vt rubrica illius tituli innuit, proponat ſibi agere in illo titulo de *iuſtitia & iure*: atque ab initio illius tituli iuſtitiæ definitionem proponat, poſt in continenti ſubiiciat definitionem iuriſprudentiæ, veritati admodum eſt conſentaneum, Imperatorem per ius in *Rubrica & titulo ſubiecto* ipſam iuriſprudentiam ſiue artem iuris intellexiſſe. Alias enim male iuriſprudentiam, de qua ipſi principaliter & ex profeſſo tractare fuit propoſitum non definiuiſſet: & contra ſuam intentionem de quo agere propoſuerat definitionem emiſiſſet.

2. Deinde cum *in §. 3. in eodem titulo.* Iuris præcepta enumeret Imperator: præcepta autem propriè ſint artis, ſatis hinc dilucidè apparet, Imperatorem per ius eo in loco, artem iuris intellexiſſe.

3. Adhæc in *§. final. eiuſdem tituli.* Ius appellatur *ſtudium*; huius, inquit Imperator, ſtudij duæ ſunt propoſitiones, &c. Studium iuris nihil aliud eſt, quam iuriſprudentia & ars iuris.

4. Præterea in Pandectis titulus primus iiſdem verbis inſcribatur *de iuſtitia & iure*, adeoque reſpondeat titulo, primo Inſtitutionum, ſtatim in *l. 1. eiuſdem tituli* Vlpianus ius illud, de quo rubrica erat concepta, definit, quod ſit ars, æqui & boni.

5. Deniq; ſicut in *l. ff. de offic. aſſeſſor.* Iuris ſtudioſi, pro iuriſperitis dicuntur; ita quoq; pro iuriſprudentia ius quandoque ſumi, abſonum non eſt.

Neq; huic ſententiæ quicquam refragatur, quod in eodem *§. fin. Inſt. de iuſtitia & iure.* Ius illud, de quo in rubrica, atq; in ipſo titulo tractatur, tripertitum eſſe dicatur, videlicet ius naturale, gentium & ciuile. Hæc autem iura nõ artem aliquam iuris, ſed ius conſtitutum ſignificant; vnde videatur inferendum, etiam ius illud, quod ita tripertitum dicitur, eſſe ius conſtitutum, non artem iuris.

Reſp. nam Imperator Iuſtinianus non tam diuidit ius eo in loco, quam priuati iuris Romani principia indicat & ſecernit. Nec dicit Imperator ius illud, de quo in præcedentibus fuerat locutus, diuidi in tres ſpecies in ius naturale, gentium & ciuile, ſed ius ait priuatum collectum eſſe ex præceptis Naturalibus, Gentium & Ciuilibus. Nam iuriſprudentia noſtra conſtat non ſolum præceptis ac regulis

iuris.

Digitized by Google

iuris ciuilis, ciuiumq; Romanorum propriis, ſed etiam ex iure naturali & gentium petitis.

Similiter non obſtat, quod Imperator *in §. final.* ſubiiciat iuris diuiſionem in publicum & priuatum. Ea autem diuiſio non videatur conuenire arti iuris & iurisprudentiæ, ſed iuri ſolum conſtituto.

Reſp. nam certe & iuriſprudentia atq; ars iuris; tum ad priuatum commodum, tum ad publicum dirigitur; adeoq; præcepta iuris partim ſingulorum vtilitatem, partim vtilitatem Reipublicæ concernunt. Deniq; nihil impedit, quod Vlpianus, poſtquam in *l. 10. eod. tit.* ſubiiciat aliam & peculiarem iuſtitiæ definitionem, eoq; ipſo innuat haut obſcure, ius à iurisprudentia eſſe diuerſum.

Reſp. quod enim in ea lege ICtus per ius intelligat non ius conſtitutum; ſed artem iuris, quæ nihil aliud eſt quam iuriſprudentia id luce meridiana clarius elucescit ex eo, quod ius definitur ars æqui & boni. Quod autem poſtea *in l. 10. eod. tit.* alia ſubiiciatur iuriſprudétiæ definitio, id nequaquam ſic accipi oportet, quaſi hæ duæ definitiones quicquam reipſa differant, ſed quod poſterior illa ſit, quaſi quædam explicatio prioris.

Resolutio Thesis *Secundæ.*

Lit. A. Definitur porro ius, pro arte iuris acceptum, à Celſo, quod ſit *Ars boni & æqui l. 1. ff. de iuſt. & iure.* Vnde quæſtio ſuboritur nequaquam expedita, anne ius noſtri artis formam methodicam recipiat & in artem redigi poſſit: non enim deſunt ICti eruditiſſimi, qui ius noſtrum in formam artis redigi poſſe negant & pernegant in hanc opinionem argumentis non friuolis, aut leuiuſculis, ſed admodũ probabilibus adducti.

Qu. 8. An ius noſtrum in artis formam redigi poſſit?

1. Etenim ſingularia, inquiunt, non cadunt ſub artem, quoniam ſunt numero infinita, & idcirco iuſto aliquo ordine aut certa ratione concludi non poſſunt: at vero iuriſprudentia noſtra verſatur duntaxat circa ſingularia & indiuidua; Ergo non poteſt iuriſprudentia in artem redigi.

2. Deinde omnis ars eſt Methodica compræhenſio præceptorum. At vero iuris noſtri poteſt eſſe certa Methodus; ſiquidem omnis Methodus initium debet ducere à definitionibus & diuiſionibus. In iure autem non poteſt certa aliqua definitio haberi *l. omnis definitio de reg. iur.*

3. Accedit, quod ars ſit rerum perpetuarum. Ius autem ſit mutabile *§. pen. Inſt. de iur. nat. gent & ciuil. l. 32. §. final. ff. de legib.* Igitur ius non poteſt in formam artis redigi.

4. Denique, quod non conſtat certa aliqua ratione, ſed ſolum hominum opinione & authoritate nititur, illud non poteſt artis formam recipere. Atqui iuriſprudentia noſtra non conſtat natura ac ratione, ſed hominum duntaxat opinione, & Imperatorum autoritate nititur *l. 20. & l. 21. ff. de legib. §. Sed & quod principi placuit. Inſt. de iure nat. gent. & ciuil.* Igitur non poteſt iuriſprudentia artis formam recipere.

Cæterum verior eſt contraria opinio, quod nempe ius noſtrum poſſit in artis formam redigi.

Nam & ipſe Iuriſconſultus Vlpianus *in l. 1. ff. de iuſt. & iur.* definit ius noſtrum, quod ſit *ars æqui & boni.* Atq; idem ICtus *in l. 10. eod. tit.* iuriſprudentiam definit *ſcientiam.*

Deinde ars eſt Methodica comprehenſio præceptorum, &c. Atqui iuriſprudentiam habere eiuſmodi præcepta, eaq; methodice comprehendi poſſe, plusquam eſt certum.

Tertio habet hæc noſtra ſcientia proprium ſubiectum, propriumq; finem, eaque in ſua principia cauſas & elementa

reſolui poſſunt. Cur non igitur ex reſolutione iſta ius conſtitui poſſet.

Quartò cum iuriſprudentia poſſit cognoſci, ſequitur vt Methodo aliqua conſtet & in accuratam methodum redigi queat, quoniam res non poteſt ſine via cognoſci aut indicari.

Quintò cum ſine ordine & natura ipſa conſtare non poſſit; nihil in rerum natura reperietur, quod quidem in cognitionem & intellectum hominis cadit, quod ad artem redigi nequeat, teſte Scalig. *exerc. 2.* Piccol. *introduct. Philoſoph. c. 19.*

Sextò; & ſane nullam dicere maximarum rerum artem dum minimarum ſine arte nulla eſſe poſſit, hominum eſt (vt Cicero ait) parum conſiderate loquentium, atque in primis rebus errantium.

Septimò cum illarum diſciplinarum, quæ cum iuriſprudentia familiaritatem habent; Ethices nimirum, OEconomices & Politices certa docendi ratio inueniri poſſit, cur non etiam ciuilis ſcientiæ?

Octauo cum iuriſprudentia nihil aliud ſit, quam ordinata inſtitutio humanarum actionum; idcirco maxime ſeruari poteſt ac ſeruanda eſt in iuriſprudẽtia certa methodus.

Non refragantur his ſuperiora argumenta.

Ad primum enim reſpondemus, falſum eſſe, quod in minore eius aſſumitur, iuriſprudentiam circa particularia ſolum verſari, ſiquidem præcepta ſua habet generalia & regulas communes, quæ ad ſpeciem, ſeu indiuidua accommodari poſſunt. Vnde *in l. 1. ff. de legib.* definitur lex commune præceptum & commune Reipublicæ ſponſio. Et *in l. 3. & 9. C. d. ll.* dicitur leges vt generales ab omnibus, qui ſunt in vrbe Roma ſciri & æqualiter obſeruari debere. Et *in l. 12 eod. tit.* Imp. Iuſtinianus aperte ſcribit: *Si imperialis maieſtas cauſam cognitionaliter examinauerit, partibus cominus conſtitutis, ſententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui ſub noſtro Imperio ſunt, ſciant hanc eſſe legem non ſolum in cauſa, pro qua producta eſt, ſed etiam omnibus ſimilibus.*

Adde quod accurate hîc ars ipſa ab actione artificis ſeparari debeat: quippe ſcientiæ & artes omnes genera & ſpecies rerum contemplantur: indiuidua & ſingularia, quæ ſunt infinita, & proinde ratione comprehẽdi & cognoſci nequeunt, vſu & experientiæ relinquunt. *Ehem. loco ſupra citato.*

Ad ſecundum reſpon. *in d. l. omnis. ff. de regul. iuris.* definitionis verbo non deſignari orationem illam, qua propria rei ſubſtantia, & (vti loquuntur) rei qualitas per genus & differentiam explicatur; ſed denotari breuẽ & circumſcriptam quandam iuris ſententiam, quam ICti regulam: dialectici theſin: Medici aphoriſmum nuncupant, prout titulus de diuerſis regulis iuris, cum illa *lex omnis.* ſubiicitur, ſatis luculenter oſtendit.

Ad tertium reſp. Ius non eſſe mutabile quoad ideam, & quoad genus, ſed ſolum quoad indiuidua & ſingulos iuris articulos, vide Vulteium, ad *princip. de iuſt. nu. 7.*

Ad vltimum reſpondendum eſt negando eius aſſumptionem, & cum hoc per ſe ſatis ſit inter interpp. cõtrouerſum, in vtramq; partem diſputari poſſit, operæ precium videtur de eo diſpicere.

Sunt enim, qui ſtatuant iuriſprudentiam certa ratione non conſtare, ſed ſola hominum opinione & autoritate niti, quorum fundamenta hæc ſunt. Qu. 9. *An iuriſprudentia certa ratione nitatur?*

1. Quia *in l non omnium. ff. de legibus.* ICtus expreſſe ſcribit: non omnium, quæ à maioribus noſtris conſtituta ſunt, rationem dari poſſe.

2. Eodemq; facere videtur, quod Neratius ait *in l. & ideo. ff eod. tit. de ll.* rationes eorum, quæ conſtituuntur, inquiri non oportere, quia aliorum multa ex his, quæ certa ſunt, ſubuertentur.

3. Acce-

3. Accedit, quod cum error etiam ius pariat atque ex errore ius naſcatur *l.3.ff. de offic.prætor.l.3.§. fin.ff. de ſuppellectili legata l 3 in princ.ff.ad SC. Macedon.§.ſed cum.Inſt.de teſt.ordin.* non poſſit iuris certa aliqua dari ratio. Quod enim errare introducitur, hoc certam rationem non habet, cum rationi nil magis cõtrarium videatur, quam error *l.quod non ratione.ff.de ll.*

4. Adde quod Celſus ait *in l 39. ff. de ll.* Quod nõ ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtineat. Vnde dicẽdum videtur, conſuetudinem hanc irrationabilem valere ac ſubſiſtere, iusq; facere in eo, in quo eſt introducta, licet ad ſimilia non porrigatur.

5. Præterea in legibus noſtris eſt pro ratione voluntas, tum quod ea, quæ principi placuerant, legis dicuntur habere vigorem *§.ſed & quod Inſtit.de iur.nat.gent. & ciuil.* Vnde & Plato *lib.1. de Republica.* nihil aliud ius eſſe dixit, quam quod potentiori placuit, aut populo vtile eſt. Tum etiam quod Vlpianus *in l. proſpexit.12. ff. qui & à quibus manumiſſ.* aperte ſcribit de lege quadam, manumiſſionem ſeruorum prohibente, illam quidem perduram & iniquam eſſe, ſed tamen ita eſſe ſcriptam, atque ideo ſeruandam.

6. Adhæc reſponſa prudentum, quæ & ipſa pars iuris noſtri ſunt, in mera opinione conſiſtunt: vnde etiam definiuntur, quod ſint ſententiæ & opiniones illorum, quibus permiſſum fuerit de iure reſpondere *§. reſponſa quoq; Inſt. de iur. nat. gent.& ciuil.*

7. Inſuper conſtat, quoties & quantopere in recta veraq; cuiuslibet rei ratione inueſtiganda homines diſſentiãt, propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem *l. idem ſi vnus 17. §. principaliter. ff.de recept.qui arbitr.* Quod ſane ipſum argumento eſt, ius ipſum quoque incertum eſſe, nullaque ratione ſuperinſtructum.

8. Accedit, quod non idem apud omnes populos ius ſit, nec idem bonum & æquum, ſed alius populus aliud, & fere quisq; ſuum probet. Quod autem natura conſtat certaq; ratione fulcitur, illud æternum, ac idem vbiq; eſt.

9. Vltimo in eadem etiam Republica leges frequenter & breui tempore mutantur, corriguntur & abrogantur, cum tamen conſtans ſit & æternum, ſemper & vbique idem, quod certa ratione conſtat, quodq; ab ipſa ratione proficiſcitur.

Verum enimuero, his omnibus nihil obſtantibus, dicendum, ius noſtrum certa ratione non deſtitui, nec ſola hominũ opinione & autoritate ſuſtineri, ſed immotis principiis ac fundamentis fulciri.

1. Cum lex ſit commune præceptum, virorum prudentum, conſultum, delictorum, quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis Reipublicæ ſponſio *l 1.ff. de legib.* non eſt veriſimile vllam legem à viris prudẽtibus ſanciri abſq; magna & euidenti ratione.

2. Atq; huc pertinet, quod toties in iure noſtro inculcatur quam plurimis in locis: leges non eſſe dicendas, quæ ratione deſtituuntur *cap. erit diſt. 4. l.quod in ratione 39.ff.de ll.l.quod cõtra ff.eod.l Nominis §. 1.ff de V.S.l.decernimus C.de epiſc. & cleric.*

3. Confirmat idem manifeſtiſſime, quod lex ex ratione extendatur & coarctetur *l.17.ff.de ll.l.cum mulier. ff. de iur. dot.l. cum pater §.dulciſſimis ff.de legat ſecũdo.* Vnde neceſſario ſequitur legem certa aliqua ratione conſtare oportere.

4. Deniq; conſuetudo, quæ ius eſt legisq; ſcriptæ vim & autoritatẽ habet, ſine ratione introduci non poteſt *l. 39. ff. de ll.* vnde potiſſimum bonæ cõſuetudinis requiſitum eſt, vt ſit rationabilis. Quę certę vniuerſa atq; ſingula demõſtrant, ius noſtrum ratione haut quaquam deſtitui.

Neq; contrariũ probant adducta argumenta. Nam quod *in l. non omnium. ff. de ll.* dicitur, id non eum habet intellectum,

quaſi

quaſi non omnium, quæ à legibus ſunt conſtituta, ſit ratio certa; ſed quod etiamſi ratio certa perpetuo ſubſit, tamen illa nos latere poſſit, adeoque à nobis interdum reddi nequeat.

Sic etiam quod ex *l. & ideo ff. de legibus*, ſecundo obiiciebatur, id, interprete Donello, non debet ſic accipi, quaſi ratio idcirco inquiri non debeat, quia nulla ratio ſubſit, ſed quod non oporteat ita rationem inquirere, vt prius legem non velimus ſeruare, quam ratio eius nobis cognita fuerit: hinc enim conſecuturum illud, quod ibidem ait Neratius, vt multa ex his, quæ certa ſunt, ſubuertantur, non quia ratione careant, ſed quia ratio nobis ſit incognita Donell. *1. Comment. 13.*

Quamuis alij diſtinguant inter ius receptum & conſtitutum. Vt in iure recepto ſemper ſit opus rationem euidentem ſubeſſe, ob quam hoc vel illud ius receptum fuerit. In iure vero conſtituto ſecus ſe res habeat: cum hoc etiam ſine vlla ratione introduci queat. Si enim verbi cauſa quæratur, cur olim fuerit conſtitutum, vt legitima eſſet quarta portio, portionis ab inteſtato contingentis, potius, quam tertia, aut quinta? At cur hodie ſit triens, aut ſemis pro numero liberorum ex *Nou. de triente & ſemiſſe*: item cur maior ſit legitima quinq; liberorum, quam ſi quatuor eſſent, cum ratio dictitet, quo plures ſint liberi, eo minorem ſingulorum legitimam eſſe? item ſi quæratur cur in teſtamentis ſeptem teſtes adhibeantur non ſex aut quinq;? Nihil aliud reſpondeIi poſſe videtur, quam idcirco hæc ſic conſtituta eſſe, quia nihil fuerit aliud, quod melius conſtitui poſſe videretur. Atq; ad ius conſtitutum pertinere *d. l. & id. o.* vt & L. præcedentem, non improbabiliter colligitur ex *l. & ideo*, dum ibi Neratius ait, *eorum, quæ conſtituuntur, &c.*

Pari modo ad rem non pertinet tertium argumentum. Etenim proculdubio falſum eſt, errorem ius facere, cum enim lex conſenſu introducatur *l. 1. l. 32. §. 1. ff. de legibus*. conſenſui vero nihil magis contrarium ſit, quam error *l 15. ff. de iuriſdictione*. fieri non poteſt, vt ex errore ius naſcatur.

Neque contrarium probant adductæ leges. Nam *in l 3. ff. de offic. prætor.* non error ius faciebat, ſed communis vtilitas, quæ exigebat, ne illa quæ cōceſſiſſet Barbarius, tanquam liber, reſcinderentur. In *l. 3. §. fin ff. de ſuppellect. legat.* verba illa (*error ius facit*) eò ſpectare videntur, non vt ICtus ſtatuat, errorem ius parere, ſed potius vt pro mirabili & abſurdo id habeat: id quod colligendum videtur ex eo, quod dicitur in eodem *§. final.* propter vſum imperitorum receſſi à propria ſignificatione verborum, vt proinde error ius faciat, quod adhuc eſt abſurdius. Simili locutione vtitur ICtus *in l. debitor 59. à fine principij ff. ad SC. Macedon.*

In *l. 3 in princ. ff. ad SC. Macedon.* non facit error ius, ſed bona fides creditoris, cui nihil omnino imputari poteſt, quod contraxerit. Et ſane ſi ſciuiſſet creditor, alterum eſſe filium familias, adeoq; ipſe in bona fide non eſſet, licet cæteri omnes id ignorarent, & ſic errarent, tamen locus foret Senatuſcōſulto Macedoniano, nec error iſte ius faceret.

Deniq; *in §. ſed cum Inſt. de teſtam. ordin.* non communis error ius peperit; ſed imperium poteſtasque Cæſarum, qui ex fauore vltimarum voluntatum, teſtamento ſubueniunt, quod alioquin per ſe iniuſtum eſſet.

Non etiam obſtat quartum. Nam *l. quod non ratione 39. ff. de legibus.* loquitur aperte de conſuetudine irrationabili, ſeu de ea conſuetudine, quæ non ratione aliqua, ſed ex errore ſit introducta. Hanc ICtus prohibet non ſolum ad cōſequentiam producere, ſed etiam in ſimilibus caſibus obtinere.

Quanquam ea, de quibus in facto antea fue-

rea fuerat obſeruata, non debeant ob publicam vtilitatem reuocari *arg. l. 3. ff. de offic. pretor.* cum ad publicum commodum pertineat, vt multa facta durent, quæ alias fieri prohibentur *l. 8. ff. de his qui ſunt ſui.* Et vt ſubueniatur iis, qui iuſto & probabili errore ſunt decepti. Aliter reſpondent alii, qui *d. l. 39. ff. de ll.* interpretantur de ea conſuetudine, quę contra rationem iuris communis & poſitiui introducta eſt. Talis enim non debeat ad conſequentias & ſimilia porrigi ex *l. quod contra ff. de Reg. iuris.*

Nec maioris momenti eſt quintum argumentum. Etenim quod non ex voluntate, ſed ex ratione, & quidem ex hac potiſsimum ęſtimari debeat ius noſtrum, puto ſuperius fuiſſe ſatis luculenter demonſtratum.

Nec contra facit quod dicitur. Id quod Principi placuerit legis habere vigorem in §. *ſed & quod Principi. Inſtitut. de iur. natural. Gent. & Civil.* Nam id hoc modo accipiendum eſt, vt quod Principi placuerit ob euidentem aliquam rationem atque vtilitatem publicam, id demum legis vigorem habeat. Eodemque modo intelligi debet id quod ex Platone afferebatur.

Nec etiam reſiſtit *d. l. proſpexit. 12. ff. qui & à quibus manum.* Cuius hæc eſt vera & genuina ſententia, quod nempe illud, quod de ſeruis non manumittendis ibi ſtatuitur, licet prima fronte durum videatur & abſurdum, tamen non ſit abſque ratione ſtatutum & ideo ſeruari debeat. Quamuis enim ſerui, de quorum libertate impedienda ibidem agitur, tempore admiſſi delicti domi non fuerint: quia tamen ipſi potuerunt aliquid vel præſciuiſſe, vel audiuiſſe, vel mores fœminæ nouiſſe, Reique publicæ interſit, ne delicta maneant impunita *l. ita vulneratus ff. ad l. Aquil.* neue probationum penuria crimen maneat inultum: ſumma profecto æquitate & ratione lex illa, de ſeruis iſtis non manumittendis vel alienandis, ſancita eſt.

Ad ſextum argumentum reſpondetur. Opiniones illas prudentum ratione nequaquam fuiſſe deſtituras: ſiquidem credibile non eſt, prudentes quicquam opinari & ſtatuere abſque euidenti ratione, Reiq; publicæ vtilitate.

Ad ſeptimum reſpondemus, quod homines in ratione iuris inueſtiganda tantopere diſſentiant & à vero aberrent. Id fieri ex ignorantia veri iuris, quod non eo minus in ſe certum ſit, quamuis ab imperitis ignoretur *l. 2. l. Regula 9. §. ſed iuris Digeſt. de iuris & fact. ignorant.* vt ita omnino diſtinguendum ſit inter ius ipſum & errorem, ſiue imperitiam iuris. Quocirca id omne vitio hominum, non vero ipſi iuri imputari oportere.

Non refragatur etiam octauum. Quoniam legumlatores omnes, tametſi non idem ſtatuant eadem tamen omnes ſpectent, vt Reipublicæ commodis conſulant, æquitatem inter ciues ſuos conſtituant, eoſdemque contineant in honeſto officio ſocietatis humanæ. Præterea iuris duplex eſt ratio, quæ partim natura, partim legibus habetur.

Ea ſane pars, quæ in legibus eſt, varia & incerta, & ad quamlibet rerum opportunitatem mutabilis. Nam cum ad cuiusque populi morem pro loci & temporis ratione accommodetur, fieri aliter non poteſt, quin diuerſum à diuerſis ciuitatibus & populis ſtatuatur. Quin & diuerſitatis huius non minima cauſa eſt, quod humanæ mentis error & opinionum peruerſitas faciat, vt aliud aliis videatur plerumque vt mala pro bonis, pernicioſa pro ſalutaribus iubeantur. Vna tamen interim atque eadem eſt legiſlatorum omnium mens, vt æquitate conſtituenda ciues ſuos ad primam naturæ iuſtitiam reuocent: quam ſi legibus ſcriptis exprimere nequeant, voluntate tamen ſectentur. Vt ita quicquid lege præcipitur,

cipitur,ius appellatur,habita ratione eius quod fieri debuit, non eius quod factum eſt.

Ad vltimum reſponderi debet: Ius noſtrum perpetuum eſſe & immotum, ac immutabile in theſi, quoad immotas & firmas juſtitiæ normas,vnde legum omnium autoritas dependet, licet in hypotheſi,ſeu indiuiduo hoc eſt quoad particulares quaſdam conſtitutiones mutabile ſit.

Mutantur autem leges anteriores vel quia legislatores in iis nonnihil aberrarunt, quod ipſi iuris arti imputandum non eſt,ſed hominum imbecillitati, qui hoc vel illud iuri & æquitatis regulis magis congruum putarunt, vel etiam idcirco quod varietas circumſtantiarum & temporum, iuris quoque diuerſitatem efflagitet; eadem enim omnibus temporibus & locis apta non ſunt: Ius tamen ipſum in ſua theſi manet vnum & idem, immotis Iuſtitiæ regulis dirigendum.

Lit. B. Qu.10. *An quicquid in iure æquum idem & bonum ſit, ac vice verſa?*

Definitur porro ius noſtrum quod ſit ars ÆQVI & BONI: Vnde quæſtio emergit haut expedita, vtrum *æquum & bonum* in definitione iſta coniunctiue an diſiunctiue accipi debeant, ita vt quicquid in iure æquum eſt, idem & bonum, ſic ac vice verſa quicquid bonum eſt idem & æquum?

Affirmatiuam amplectitur Autor noſter & ſtatuit,omne quod æquum in iure eſt, idem & bonum eſſe, ac contra,quæ ſententia mihi quoque arridet,pro eaque hæc faciunt argumenta.

1. Etſi enim particula *Et* interdum ſit diſiunctiua, & idem quod *vel* denotet, vt teſtis eſt Iuriſconſultus *in l. 53. Digeſt. de verb. ſignific.* ſua tamen natura eſt copulatiua, vt etiam omnes teſtantur Grammatici; à propria vero, naturali & genuina vocis ſignificatione in dubio recedere non oportet aliter, quam ſi manifeſtiſſimum fuerit id legumlatorem ſenſiſſe ac voluiſſe *l. Non aliter 69. Digeſt. de legat. 3.* Quod autem hic quoque legumlator voluerit à propria ſignificatione vocis recedere & particulam ET, diſiunctiue accipere, nuſquam apparet.

2. Accedit quod non ſolum in adducta *lege prima Digeſt. de iuſtic. & iure.* ſed etiam in multis aliis verba hæc *æquum bonum* coniungantur particula copulatiua ET, vt *in lege 32 in fine Digeſt. de rebus credit. lege ſecunda, paragrapho octauo Digeſt. ſi quis cautionibus.* Nullibi vero in toto iure noſtro diſiungantur particula *VEL.*

3. Eodemque pertinet, quod omne, quicquid in iure noſtro proponitur, bonum ſit,vel priuatim vel publice: Ius ſiquidem noſtrum eſt duplex, priuatum & publicum §. *final. I. de iuſtic. & iure. lege prima paragrapho ſecundo, Digeſt. eodem.* Illud ad ſingulorum vtilitatem pertinet; hoc vero ad commodum & vtilitatem totius Reipubl. At viciſſim quicquid in iure proponitur, id etiam æquum eſt *lege octau. Codice de iudic.* vt mox pluribus oſtendetur. Cui conſequens eſt, hæc duo, *æquum & bonum*, ſemper eſſe coniuncta, nunquam diſiuncta, ac proinde in propoſita iuris definitione non diſiunctiue, ſed copulatiue accipienda eſſe.

Nec huic ſententiæ refragatur *lex octaua Codic. de pact. conuent. tam ſuper dot.* vbi bonum & æquum ſibi inuicem opponi videntur in verbis iſtis: *Quamuis enim BONVM erat mulierem, quæ ſe ipſam marito committit, res etiam eiuſdem pati arbitrio gubernari: attamen quoniam conditores legum ÆQVITATIS conuenit eſſe fautores.*

Hinc igitur omnino aſſerendum videtur,æquum & bonum non eſſe perpetuo coniuncta.

Reſp. Hoc inquam non obſtat: nam cum hic dicitur bonum eſſe res mulieris gubernari à marito, intelligitur bonum, propter aliud,id eſt, vtile ipſis re-

bus.

bus, quas vir longe melius adminiſtrauerit, quam vxor, interim & maritus abſtineat adminiſtratione rerum mulieris, nec eam, inuita vxore, & prohibente, ſuſcipiat, æquum eſt & ſimul etiam bonum per ſe, propterea ſcilicet, quia damnum non exiguum reputatur quippiam in re alicuius ipſo inuito & prohibente fieri, etiamſi res ex eo fiat melior *l. fin. ff. de vſu & habitat.*

Non reſiſtit etiam exemplum vſucapionis, quæ bona quidem eſt, ſed non æqua, imo ab æquitate naturali prorſus adhorrere videtur, quoniam facit vſucapientem, cum prioris domini iactura & detrimento locupletiorem, id quod naturali æquitati repugnare dicitur *in lege 206. de Reg. Iur.* proinde non omne quod bonum eſt, idem protenus æquum eſt.

Reſp. Sciendum quippe eſt, quod, vt mox prolixe oſtendetur, æquitas ſit duplex, Naturalis & Ciuilis: illa commodum vt plurimum priuatorum reſpicit: hæc vero commodum tuetur publicum: Etſi igitur vſucapio non ſit æquitati naturali conueniens: Ciuili tamen per omnia congruit, vt quæ, dicente Iuriſconſulto *in lege prima Digeſtis de vſurpat. & vſucapit.* bono publico introducta ſit: proinde quicquid publice bonum eſt, id vel naturaliter, vel ciuiliter æquum eſt.

Sic etiam ſententiæ huic non refragatur *l. 31. Digeſtis depoſit.* in qua bonum quidem eſt, facultates rei criminis capitalis non ipſi ex depoſito reſtitui, ſed in fiſcum referri ob rationem ibi aſſignatam à Iuriſconſulto Triphonino; ſed æquum id non videtur, cum æquitas ſuadeat, pacta ſeruari *lege prima de pact. lege prima Digeſtis, de pecunia conſtituta.* ac conſequenter ei, qui criminis capitalis damnatus eſt, depoſitum reſtitui.

Reſp. Etenim & hic diſtinguendum eſt inter æquitatem ciuilem & naturalem: ſic vt licet naturali æquitati non conueniat depoſiti contractum ſeruari, remque depoſitam capitalis criminis reo non reſtitui; conueniat tamen æquitati ciuili, quæ commodo nititur publico, totiusque Republic. vtilitatem concernit.

Cum porro ius noſtrum ſit ars Æqui, non alienum erit à propoſito noſtro, pauca quædam de æquitate proponere.

Eſt autem æquitas nihil aliud, ***quam moderatio ſeu mitigatio quædam legis ſcriptæ, qua mentem, ſententiam, rationem & voluntatem legis ſcrutamur & exequimur neglecta ſtrictiori legis elocutione*** Giphanius ***ad legem 90. de Reg. Iur.*** ſeu, vt Bolognetus definit in *tractat. de Æquitate capite 30.* Æquitas eſt ***laxamentum legis quod legem ſcriptam in circumſtantia aliqua mitigat.*** Vnde intelligitur officium æquitatis in eo conſiſtere, vt id quod ſcriptum eſt, laxet, remittat, reſtringat & diſtinguat, prout cauſæ vel circumſtantiæ poſtulant. *Qu. II. Quid ſit æquitas?* Id quod pulchre Philoſophus *2. Ethic. magn.* his verbis expreſſit. ***Eſt autem æquitas & homo æquus, qui aliquid remittit de iure, legibus conſtituto. Nam ea quæ non potuit is qui leges ſanciuit, accurate & in ſingularibus præfinire, ſed de iis vniuerſaliter & in genere pronunciat is, qui in illis aliquid remittit proponens tamen ea, quæ is, qui leges ſanciuit, voluiſſet in ſingularibus & peculiariter definire, nec tamen potuit, dicitur æquus.***

Æquitati ius ſtrictum opponitur: hoc vero eſt ius legitimum, lege plebiſcito Senatusconſulto &c. comprehenſum, quod licet in ſe, atque in theſi, ſuaque natura non eſt iniquum: tamen quando applicatur ad factum, de quo quæritur, interdum ob circumſtantiæ alicuius varietatem iniquum exiſtit. V. C. prætor in edicto de in ius vocando aduerſus libertum, qui patronum ſuum abſque venia in ius vocarit, pœnale iudicium conſtituit & hoc generaliter

raliter & abſque moderamine *lege quarta & ſeqq. Digeſt. de in ius voc.* Quod etſi per ſe ſuaque natura & in theſi non ſit iniquum, ſed rationi & æquitati maxime conſentaneum: in eo tamen, qui pœnituit actionemque remiſit, aut ad cuius vocationem non venit patronus, aut non inuitus venit, ſed ſponte comparuit, plane iniquum exiſtit, durum & inhumanum *l. 12. ff. de ius vocand.*

Qu. 12. *Vtrum æquitas ſit duplex ſcripta & non ſcripta.*

De hoc autem valde dubitatur, vtrum æquitas hæc, cui ius ſcriptum & ſtrictum opponitur, duplex ſit, alia ſcripta, alia non ſcripta.

Sicut enim ius diuiditur in ſcriptum & non ſcriptum *in §. conſtat 3. Inſtitut. de iur. nat. gent. & ciuil.* ita quoque vulgo æquitatem, quæ iuris eſt quædam mitigatio, diuidere ſolent in ſcriptam & non ſcriptam; eiuſque fundamenta ſequentia proferunt.

1. Ius ciuile definit Cicero *in Topicis in prin.* quod ſit æquitas conſtituta iis, quæ eius ciuitatis ſunt ad res ſuas obtinendas; Ius autem ciuile maxima ſui parte ſcriptum eſt.

2. In *l. placuit 8. C. de iud. Placuit*, inquiunt, Impp. *in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitiæ æquitatiſque ſcriptæ, quam ſtricti iuris rationem.*

3. Accedit, quod lex dicitur norma ac regula iuſtorum *in l. 2. ff. de ll.* At regula iuſtorum eſt æquitas.

4. Adde quod æquum & bonum pro ipſo iure ſumatur *in lege penultim. Digeſt. de iuſtit. & iur.* Proinde ſicut ius aliud ſcriptum eſt, & aliud non ſcriptum; ita quoque æquum & æquitas ſcripta eſt & non ſcripta. Aut vero ſi omnis æquitas, & omne æquum ac bonum eſt non ſcriptum, etiam omne ius, quod eſt ars æqui & boni, erit non ſcriptum, quod abſurdum eſt, ac principiis iuris noſtri contrarium.

5. Eodemque facit, quod in iure noſtro crebra fiat mentio æquitatis, vt *in l. 1. Digeſt. de pact. leg. prim. paragraph. prim. Digeſt. de his qui teſtament. libro tertio, paragrapho fin. Digeſt de iureiurand. lege 31. paragrapho primo, Digeſt. depoſit. lege ſecunda, Digeſt. de conſtitut. pecun. l. 17. in princ. Digeſt. de vſur.*

6. Item quod in iure noſtro innumera reperiantur ſcripta & conſtituta, quæ ſummam habent æquitatem *l. 17. in pr. ff. de vſur.*

7. Denique cum æquitas ſit duorum aut plurium inter ſe proportio; & vero eiuſmodi proportio in non paucis locis iuris noſtri expreſsim ſit ſcripto definita *lege decima, lege duodecima & decimatertia, Digeſt. de ll.* ſequitur infallibiliter, æquitatem aliam ſcriptam, aliam non ſcriptam eſſe.

Cæterum verior ac tutior eſt illorum ſententia, qui nullam æquitatem ſcriptam eſſe confirmant.

Nam 1. æquitas ſæpenumero in ll. noſtris & apud claſſicos autores opponitur iuri ſcripto *l. 16 Digeſt. de condit. & demonſt.* At vero oppoſita nunquam ſunt idem, nec quatenus talia, quicquam habent commune, igitur æquitas ſcripta non eſt.

Neque huic argumento refragatur, quod quidam reſpondent, quoties æquitas in iure noſtro opponitur iuri ſcripto, non intelligi in genere omnem æquitatem iuri ſcripto opponi, ſed eam ſolum, quæ ſcripta non eſt. Quam æquitatem, cum non ita ſpeciale nomen aſſumat; ſicut æquitas ſcripta aſſumit nomen iuris ſcripti *lege penultim. Digeſt. de iuſtit. & iur.* ſed nomen generis retineat, ſæpe in iure abſolute & ſimpliciter æquitatem appellari, atque iuri ſcripto opponi: perinde vt adoptio opponitur arrogationi, licet arrogatio etiam ſit adoptatio, verbo adoptionis generaliter accepto.

Reſp. Non inquam hoc obſtat, tum quod præſupponatur id ipſum, quod in contro-

controverſia eſt, quod nempe æquitas alia ſit ſcripta, & alia non ſcripta, atque hæc tantum opponatur iuri ſcripto. Tum quod æquitas in genere iuri opponatur, nec ullibi vel minimo verbulo innuatur, æquitatem illam, quæ toties ſcripto opponitur, eſſe ſpeciem ſolum æquitatis.

2. Si æquitas eſt iuris ſcripti emendatio & interpretatio, legis ſententiam retinens: iure autem apertè ſcripto, non opus eſt interpretatione. Non poteſt æquitas ſcripta appellari, Donell. *dict. cap. 3. p. 34.* Anton. Faber. *in Iurisprud. Papin. tit. 1. pr. 2. illat. 8. confut. 1.* Duaren. *2. diſput. 18.* ſed quamprimum æquitas ſcribitur, deſinit eſſe æquitas, & iuris nomen aſſumit *lege 7. in prin. Digeſt. de vſur. ad §. 2. Inſtitut. de iuſt. & iur.*

Nec quicquam refragantur, quæ pro contraria opinione fuerunt adducta.

Non primum. Nam verbum æquitatis in illo Ciceronis loco pro iure æquo, ſeu æquitate temperato, accipitur: abſtractum ſcilicet pro concreto; id quod oratoribus præſertim, non eſt infrequens.

Nec etiam ſecundum, quoniam in emendatioribus libris verbum illud (*ſcripta*) deſideratur, & proinde meritò in codicibus, in quibus habetur, expungitur. Quin & ratio idipſum ſuadet, non enim æquitatis tantum ſcriptæ potior debet eſſe ratio, quam iuris ſcripti, ſed æquitatis cuiusvis, etiam non ſcriptæ: Deinde ſtricto, ſeu ſcripto iuri non tantum opponitur æquitas ſcripta, ſed etiam non ſcripta. Imò vt illi volũt, æquitas, quam ſcriptam appellant, non eſt oppoſita iuri ſcripto, ſed eſt ipſum ius ſcriptum, ut ita etiam ex illorum ſententia, non poſsit lectio vulgaris retineri.

Similiter non obſtat tertium argumẽtum, quamvis enim lex & æquitas diverſa ſint, tamen de vtroque rectè dicitur, quod ſit regula iuſtorum, diverſimodè tamen, lex enim regula eſt iuſtorum, quoniam, vt in eadem *l. 2.* Martianus inquit, *lex eſt præſes & bonis & malis & princeps & dux, præcipiens facienda & prohibens non facienda: adeoque vitam & actiones humanas moderatur.*

Æquitas verò regula & norma eſt iuſtorum, quoniam legem ita moderatur ac temperat, ne alicubi iniqua & dura evadat, vt ita lex ſit regula & norma iuſtorum, oſtendens, quid faciendum ſit, & quid omittendũ: At verò æquitas ſit huius ipſius legis norma & regula atq; temperamentum, illam pro varietate circumſtantiarum, temperans. Quin & hoc reſponderi non incommodè poteſt: legem, æquitate ſcilicet temperatam, normam eſſe ac regulam iuſtorum, quamvis interim lex ab æquitate differat.

Sic etiam non magni momenti eſt quartum argumentum. Etenim diuerſa ſunt æquum & bonum, ac æquitas ipſa: Differunt enim, ut concretum & abſtractum: Sanè omne ius eſt æquum & bonum *argum l. 1. ff. de inſtit. & iure.* At non propterea ius eſt ipſa æquitas, differt quippe æquitas à iure, vt temperamentum ab eo, cuius eſt temperamentum, vt proinde, licet omne ius ſit æquum & bonum & æquitate temperatum, nihilominus tamen toto genere differat ab ipſa æquitate. Vt igitur æquum & bonum aliud ſcriptum ſit, & aliud non ſcriptum; non tamen ex eo ſequitur; æquitatem ſimiliter aliam ſcriptam eſſe, aliam non ſcriptam. Sunt enim æquum & æquitas diverſa & ſeparata, à ſeparatis verò & diverſis mala ſit dilatio.

Quintum argumentum nihil omninò concludit. Non enim ſequitur, æquitatis frequens in iure noſtro ſit mentio. Ergo æquitas eſt ſcripta. Quin imò, cum æquitatis in genere & absque vlla diſtinctione in iure noſtro fiat mentio, & nominatim quoque illius æquitatis, quæ ſtricto iuri opponitur, *in l. 16. de condit. & demonſtr. l. 8. C. de iudic.* quæque ex illorum ſententia,

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

non eſt ſcripta; ſequetur ex hoc ipſo argumento, omnem æquitatem eſſe ſcriptam & nullam non ſcriptam, quod tamē nemo hominum admiſerit.

Ad ſextum reſpondemus dupliciter, primò diuerſa eſſe & ſeparata æquitatem ipſam, & ea, quæ ſummam habent æquitatem, ſeu quæ ſunt æquitate temperata. Hæc in iure noſtro ſcripta reperiri nemo negat; ſed ex eo non ſequitur, etiam æquitatem in iure noſtro ſcriptam eſſe, quoniam, vt dixi, hæc ſunt ſeparata, à quibus fit mala illatio. Præterea poſito eo, æquitatem eſſe ſcriptam, tamen æquitas ex eo ſcripto non æſtimabitur; ſed ex ſola naturali ratione & iuſtitia, ſtricti iuris rigorem temperante. Perinde ſicut teſtamentum nuncupativum, ſcriptura comprehenſum, manet nuncupativum & non ſcriptum, atque adeò ex ſcriptura non æſtimatur; & conſuetudo in ſcripturam redacta nihilominus eſt ius non ſcriptum, prout hoc ſuo loco vlterius declarabitur.

Vltimum argumentum ferè eiuſdem ſententiæ eſt cum proximo. Reſpondemus igitur ad eius minorem. 1. non tam proportionē ipſam in iure noſtro ſcriptā reperiri, quā ius proportionatum, ſeu iſta proportione affectū & temperatū. Deinde vt modò reſpondimus, etiāſi ipſa proportio & æquitas in iure definita & ſcripto comprehenſa extaret: tamē illā ex ſcripto nō æſtimari, nec ſcriptā exinde appellari: argumēto teſtamenti nuncupativi & conſuetudinis. Falſa igitur eſt vulgaris illa æquitatis diviſio in ſcriptā & non ſcriptā.

Qu. 13. *An æquitas iuri ſtricto ſeu iuris rigori ſit præferenda?*

In hac autem pugna æquitatis & iuris ſcripti quæritur, utrum ſuperius evadat? h. e. vtrum potius ſecundum id, quod iuris ſcripti prædura ad caſum præſentem interpretatio, dictat; an verò iuxta id q́ ad facti ſpeciem præſentem, ex attenta legiſlatoris mente, æquum videtur, iudicandū ſit? Et videtur prima facie iuri ſcripto palma concedenda.

1. Etenim, ſi iudex in iudicando nō adſtringeretur ad legis verba, ſed liberū ipſi daretur, relictis verbis, æquitatem ſequi, profectò magnus illi ad iniquè iudicandum aditus pateſieret.

2. Vnde etiam ICtus Martianus, in grauioribus pœnis ſeueritatem ſequi iubet *l. perſpiciendū ff. de pœn.* At verò ſeueritas nihil aliud eſt, quam ius ſcriptum durum & ſummum.

3. Accedit quod in iure noſtro quædā conſtituta reperiātur æquitati è diametro contraria; exemplū extat in vſucapione, cum enim æquitati naturali nil magis cōueniens ſit, quā ne quis cum alterius detrimento & iactura locupletior fiat *l 206. de R.I.* item ne id quod noſtrū eſt, ſine facto noſtro ad alium transferatur *l. 11. ff. eod.* tamen contra has æquitatis regulas uſucapio eſt introducta, qua vnus cum alterius iactura & detrimento locupletatur, & qua ad alterum res alterius, ſine facto eius transfertur. Non igitur vbiuis in iure æquitas iuri ſtricto, ſeu ſcripti iuris rigori præfertur.

4. Præterea *in l. proſpexit. ff. qui & à quibus manumiſ.* quod ibi proponitur, quamuis, vt ICtus, perdurum ſit, tamen obſeruari debet, quod vel ſolum perſpicuè probat ius ſcriptum atq; durum præferri æquitati ac humanitati.

5. Adhæc in *l. 1. C. de ll.* ait Conſtan. *inter æquitatem & ius interpoſitam autoritatē nobis ſolis & oportet & licet inſpicere.* Et Valentin. & Martian. *in l. 9. C. eod. ſi quid*, aiunt, *in his ll. latum fortaſſe obſcurum fuerit, oportet id ab Imperatoria Maieſtate pateſieri duritiemque legum noſtræ humanitati congruam emendari.*

Quocirca iudex ius ſcriptum & ſtrictum ſequi tenetur præciſe, nec illud benigna & æqua interpretatione molliri poteſt.

6. In *l. ſi expreſſim 19 ff. de appellat.* Modeſtinus *ſententiam*, inquit, *contra iuris vigorem latam, valere oportere.* Ergo iuris vigor, qui

quí idem eſt quod ius ſtrictum, in iudicando æquitati præfertur.

7. Cum nullum ius ſit iniquum, nec vllum ſine euidenti ratione ſancitum & cõſtitutum: legumq; officium ſit recta iubere, & prohibere contraria *l.12.ff.de ll.* ſemper erit ſecundum legem ſcriptam iudicandum, nec vnquam ſub prætextu alicuius æquitatis, ab illa recedendum.

8. Idem quoq; ſenſiſſe videtur Ariſtoteles *lib.1.Rhetor.cap.3.* vbi hanc inter arbitrum & iudicem differentiam conſtituit, quod iudex legem ſcriptam ſequi debeat; arbiter verò æquitatem. Et Divus Auguſtinus *diſtinct.4 ca.3. Poſtquam*, inquit, *leges conſtitutæ ſunt, non de ipſis iudicare oportet, ſed ſecundum ipſas.*

Vltimo accedit his etiam Cicero in *Orat. pro Ligar.* vbi dicit, populo & Senatui permiſſum eſſe, non autem iudicibus à verbis legis recedere.

Cæterũ etſi hæc argumenta videantur valdè ſpecioſa, & ad id, cuius gratia adducuntur, perquam accõmodata. Nihilo tamen minus & verior eſt & benignior cõtraria ſententia, quod in legibus interpretandis, inq; iudicando omnibusque in actionibus æquitas iuri ſtricto prævalere debeat.

1. Eſt enim ius noſtrum ars Æqui & boni, teſte Vlpiano in *l.1 ff. de iuſt. & iur.* Adeoq; æquitas in iure noſtro dominatur, vt nihil omninò in ea reperiatur, quod æquitas ſale non ſit conditum.

2. Hinc Impp. in *l.placuit 8.C.de iudic. placuit*, inquiunt, *in omnibus rebus, maxime tamen in iure, id eſt, in ius dicendo & iudicando, præcipuam eſſe iuſtitiæ æquitatiq; quam ſtricti iuris rationem.*

3. Conſentiunt Impp. Theodoſius & Valentinus in *l.8.C.de pact.conuent.tam ſup. dot. dum conditores*, inquiunt, *legum æquitatis conuenit eſſe fautores.*

4. Et Vlpian. in *l.4.ff. quod cert.loc. iudex*, inquit, *qui actioni quod certo loco addictus eſt, æquitatem ante oculos habere debet.*

5. Vnde Celſus ICtus *benignius*, ait, leges *interpretandas quo illarum voluntas conſeruetur l.benignius ff.de ll.*

6. Et Vlpianus in *l.et ſi quis §.idem Labeo. verſic.& generaliter ff. de relig. & ſumpt. fun. & generaliter*, inquit, *puto iudicem non merã negotiorum geſtorum actionem imitari: ſed ſollicitius æquitatem ſequi, cum hoc ei & æquitatis natura indulget.*

7. Et ideò etiam Imp. Iuſtin. *in Nov.8. in fin.* conſtituit, vt iudex, antequam iudicandi partes aſſumat, iurare teneatur, ſeu in iudicando æquitatem ſequi velle.

8. Et ſanè imprimis huc pertinet, quod ICtus ſcribit *in l.4.§.1.ff.de incend. ruin. &c.* in omnib. cauſis perſonarum conditionẽ & rerũ qualitates diligenter eſſe ęſtimandas, ne quid durius aut remiſsius conſtituatur, quam cauſa poſtulabit.

9. Eodemq; pertinet Papiniani ſententia in *l.ſi ſocius 81.ff.pro ſoc.* pactum ex æquitate interpretandum eſſe.

10. Idemque Celſi dicterium in *l.32.ff ſi cert. pet.* à natura contractus aliquando, propter æquitatem, recedi.

11. Et ſanè quam fuerit omni tempore ſummum ius, ſummopere improbatum, plus quam eſt notiſsimum, ſemper enim, vel antiqui omnes ſummum ius, ſummã iniuriam, ſummam malitiam & ſummam crucem dixerunt. Et quam etiam ſit periculoſum verbis ſolis, poſthabita æquitate, inniti, ſatis oſtendit Celſus adoleſcens in *l.91.§.3.de verb.obl.* vbi ſub autoritate iuris ſcientiæ, ait, pernitioſè errari, dum videlicet quid in ll. ſcriptum potius, quam quid iuſtum aut æquum ſit attendatur.

12. Et ſanè huius rei exempla in iure noſtro occurrunt propè infinita: quorum vnum ſaltem atq, alterum huic annotaſſe ſufficiat. Legib. noſtris eſt cautum, vt qui citatus tribus edictis, aut vno pro omnibus (quod peremptorium appellant) aut voce præconis aut literis euocatus, præſentiã ſui non fecerit, pro contumace habeatur, atq; adeò poſsit agi cauſa, vt nõ ſit audien-

audiendus, qui ex peremptorio abſens per contumaciam cōdemnatus appellare velit, cum in eius poteſtate fuerit, ante diē præſtitutum pro tribunali reſpondentē, aut defenſum edicti denunciationē rumpere *l. & poſt edictum § fin. ff. de iudic. l. de vnoquoq; l. contumacia. ff. de re iud.* Si tamen ob hoc, quod citatus non reſpōderit, ſecundum preſentem, more pronunciatum ſit: confeſtim autem pro tribunali ſedentem prætorem adierit, ex æquitate reſtituatur *l. pen. ff. de reſtit. in integ.* Pari modo cautum eſt Senatusconſulto quod factum eſt de petitione hæreditatis, inter alias clauſulas, poſſeſſorem hereditatis, poſt iudiciū acceptum, reſtituere debere omnia, quæ debuit tunc, cum iudicium acciperetur, quaſi & nūc poſsideret *l. ſed etſi § quod ait. & § fin autem. de petit. hered.* vnde ſequitur, vt ſi huic poſt litem conteſtatam iumenta aut pecora caſu perierint, nihilominus teneatur. Sed tamē hoc negat Paulus admittendum; quamuis adverſus SC. verba, *l. illud 40. ff. de pet. her.* Non alia de cauſa, quā quia hoc durum, aut vt poſtea hoc interpretatur, iniuſtum eſſet. *Nec enim*, inquit, *debet poſſeſſor mortalitatem præſtare: aut propter metum huius periculi indefenſum ius ſuum relinquere.*

Similiter edicto prætoris ita eſt cautū generaliter, vt omnes, qui habitāt in cœnaculo, vnde aliquid fuerit deiectum aut effuſum, teneantur pœnali iudicio. *l. 1. in pr. ff. de his qui effud. vel deiec.* Sed Vlpianus *interdum ait: Oportet prætorem, æquitate motum, in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel extra deiectum fuerit, licet plures in eo habitent.*

Quocirca, ex nunc dictis, luce meridiana clarius evadit, quod quotiescunq; æquitas pugnat cum iure ſcripto, æquitas iuri præponderare preferriq; debeat.

Nihil penitus obſtantibus illis, quæ ab initio pro ſtricto & ſummo iure fuerunt in medium allata.

Ad primū enim reſpondetur: Non hoc permitti iudici, vt pro arbitrio ſuo, & ex ſuo cerebro, quamuis ſibi fingat æquitatem, ſed teneri ipſum eam ſequi & obſeruare, quæ ratione eſt ſuffulta, legibusque conſentanea.

Ad ſecundum reſpondetur: In gravioribus pœnis ſeueritatem ſequi oportere; ſed hoc, vt ibidē ſtatim ſubiungit Martianus, *cum aliquo temperamento benignitatis:* Hanc igitur in pœnis grauioribus obſeruare conuenit, neq; etiam putandum eſt, æquitatem perpetuò in cōmiſeratione & lenitate conſiſtere: Nam interdū pro ſcelerum atrocitate acuit pœnas æquitas: cuius exemplū egregium eſt *in l. 1. § 1. ff. ſi quis teſtam. liber. l. 1. ff. de eo per quem fact. erit.*

Ad tertiū reſpondetur: Primo: In toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſsimum haberi, quod ad ſpeciem directum eſt. *l. in toto. ff. de reg. iur.* Celich. *lib. de æquit. c. 7.* Secundo; Etſi in genere æquū ſit, ne quis locupletetur cum alterius iactura, æquius tamen in ſpecie eſſe, vt ſalus populi conſtituatur. Præterea æquitas duplex eſt, naturalis & civilis *l. 1. ff. de pact. l. 1. §..... ff. ſi is qui teſt. l. 31. ff. depoſ.* Proinde, licet uſucapio, aliaq; ſimilia in iure noſtro contraria ſint æquitati naturali, tamen ea conuenire cum æquitate civili, prout hoc latius, & in ſpecie de uſucapione, ſuo tempore & loco explicabimus.

Deniq; conſtituuntur etiam interdum certis ex cauſis leges contra naturalem æquitatem, quæ, quia continent expreſſam voluntatem legumlatoris, ęquitatē excludere volentis, non debent leges tunc ſecundum æquitatē reſtringi, extendi, molliri, aut explicari, ne occaſione illius benignæ interpretationis evertatur legis ſententia, quæ ad ſententiam legis conſeruandam, eſt comparata *l. benignius. ff. de ll.* Donell. *1. comment. 13.*

Similiter nihil ad rem pertinet quartū argumentum: Etenim *l. proſpexit. ff. qui & à quibus manum.* hic eſt ſenſus: Etſi prima frōte lex illa dura videatur, æquitate tamē

reuera

reuera nõ deſtitui; & propterea ſeruandã eſſe; nam diſſerit IC. ibi de lege Iul. quæ de adulteriis cauebat, ne adulterio cõmiſſo mancipia, quæſtioni ſubiicienda, intra 60. dies alienarentur, aut manumiſſione ſubducerentur; idq; in omnib. ſeruis obſeruandũ lex proſpexerat; ſiue eſſent in agro, ſiue in prouincia; etiá tẽpore admiſſi delicti. Hoc primo intuitu durũ videbatur & iniquum: veruntamen, quia ipſi quoq;, qui domo abfuiſſent tempore delicti cõmiſſi, aliquid potuerunt vel præſciuiſſe, vel audiuiſſe, vel mores fœminæ noviſſe, reiq; publicæ intereſt, ne delicta maneãt impunita, neuè penuria probationũ, delictũ maneat inultũ, non abſq; ſumma æquitate & ratione, lex illa de ſeruis non manumittẽdis, aut alienandis ſancita eſt. Deinde reſponderi poteſt, propter fauorẽ publicum ad terrorẽ criminis, durã huius legis conſtitutionẽ emerſiſſe. Deniq; reſpõderi ſolet, quoties verba legis adeò clara ſũt, vt ſalua ratione eius, ex æquo & bono interpretationẽ recipere non poſſint, tũ legẽ, prout ſcripta eſt, quantũvis dura ſit, & æquitati repugnet, ſeruandã. Ne forſan benigna interpretatio, q̃ ad legis ſententiam conſeruandam eſt comparata. *l. benignius. ff. de ll.* ad euertendam legis ſententiam accommodetur.

Ad quintum argumentũ triplex eſt ſolutio. Primò n. reſpondetur: allegatas ll. accipiẽdas de interpretatione iuris in totum iniqui, qua id agitur, vt ius eiusmodi iniquũ tollatur, ſimulq; novũ conſtituatur. Talẽ interpretationẽ in obiectis legibus ſibi reſeruãt Impp. cum eius ſit abrogare legem, cuius eſt condere, vt ait Iuſtinus in *d. l. fin. C. de ll.* Secundo reſpõdetur, Impp. in præcedentibus ll. loqui de illa interpretatione iuris, quæ & ipſa habeat vim legis, differentiamq; ſaltem ſtatuere inter iudicis & imperatoriæ interpretationis efficaciam: cum illius vis tanta ſit, vt pro lege omninò habeatur: huius v. non itẽ. Tertio reſp. ſuperiores ll. accipiendas de ea lege vel iure, cuius ſententia adeò ſit obſcura, vt nulla omninò ratione elici poſſit: ſic vt ars interpretãdi omninò deficiat: in hac igitur prorſus dubia & obſcura cauſa recurrẽdum eſſe iudici ad Imperatorem, & ab eo petendam iuris dubii declarationem: ſecus autem ſi poſſit probabili aliqua ratione ſententia legis æqua elici *d. l. placuit 8. C. de iudic. & l. 9 ff. de regul. iur.*

Ad ſextum reſp. interdum iuris rigorẽ ſeparari ab æquitate: interdum verò cum eadem coniungi. In lege igitur *ſi expreßim,* iuris rigorem intelligendum, qui cum æquitate ſit coniunctus: vt nihil aliud eo in loco ſignificet, quam iuris tenorẽ, & verba cum mente legis coniuncta: quaſi dixerit Modeſtinus: contra iuris tenorem, h.e. verba mentemq; legum, ſententiam latam non valere.

Ad ſeptimum reſp. Ius illud, quod in genere ſtatutum eſt (vt iura conſtitui ſolẽt *l. 3. & ſeqq. ff. de ll.*) eſſe equidem ex ſeſe & ſua natura ſemper æquum & iuſtum, ſed accidere interdũ, vt iniquum exiſtat, cum ad factum applicatur. V. C. æquum eſt libertum ſine venia patronum ſuum in ius vocantem mulctari, vti conſtitutum eſt edicto prætoris de in ius vocando. Verum iniquum eſt, hoc ad eum accommodari libertum, quem vel facti pœnituerit, aut qui actionem patrono remiſerit, vel ad cuius vocationem non comparuerit patronus aut ſponte comparuerit: vnde & hic moderandam iuriſdictionem ICtus ait *l. 11. ff. de in ius vocand.*

Ad octavum reſp. inter iudicẽ & arbitrum hoc intereſſe, quod iudex adſtrictus ſit ad leges, iuxta quas iudicare tenetur, ſic tamen, vt illas æquitate, vt opus eſt, temperet & molliat: iuxta ea quæ ſupra fuerunt à nobis prolixè diſputata. Arbiter verò, nullis prorſus ll. ſit adſtrictus, nec teneatur iuxta ll. præſcriptum arbitrari: ſed ſolum in arbitrando id ſequi debeat, quod bonum & æquum eſt, quamvis

D nulla

nulla in lege fundatum. Atque hoc velle philoſophum in citato loco.

Non obſtat Diui Auguſtini dicterium, ſiquidem aliud eſt de legibus iudicare, aliud verò leges æquitate temperare & mollire, atque eas ſecundum id, quod æquum & bonũ eſt interpretari. Prius iudici permiſſum non eſt; poſterius verò non ſolum ei permiſſum, ſed & ei iniunctum eſt: atq; de illo Auguſtinus loquitur in loco nobis obiecto: de poſteriori verò nos in præſentia agimus.

Litera C. Qu.14. Vtrũ Iuriſprudẽtia rectè definiatur, quod ſit diuinarum, atq; humanarum rerũ notitia, iuſti atq; iniuſti ſcientia?

Ad vltimum reſponderi debet, vti reſponſum eſt ſupra ad quintum argumentum, & locus Ciceronis intelligendus, de interpretatione correctiua. Definit Iuſtinianus Iuriſprudentiam, quod ſit *diuinarum & humanarum notitia, iuſti atque iniuſti ſcientia.* Multi ſunt equidem qui hanc Iuriſprudentiæ diuiſionem ab Imperatore Iuſtiniano in *§.1.Inſtit. de iuſt. & iure* & Iuriſconſulto Vlpiano in *l.10.ff.eod.* traditam, ſeriò impugnent & magno ſtudio euertere conentur, quibus obuiare noſtrarum erit partium.

1. Sic autem primò argumentatur: quæcunque definitio non conſtat certo genere, aut conſtat genere duplici, illa eſt vitioſa. Atqui definitio Iuriſprudentiæ non conſtat certo aliquo genere; ſiquidem modò ars, modò ſcientia & notitia dicitur. Ergo definitio Iuriſprudentię non eſt legitima.

2. Quæcunq; definitio non eſt rei definitæ propria eamq; diſcernit à cæteris omnibus aliis rebus ſub eodẽ etiam genere cõtentis, illa eſt vitioſa. At verò definitio prædicta non eſt propria Iuriſprudentiæ, cum & Philoſophia à Cicerone & Ariſtotele definiatur diuinarum atque humanarum rerum notitia, adeoq; definitio hæc Iuriſprudentiam non diſcernit à philoſophia. Ergo eſt vitioſa & illegitima.

3. Si Theologię eſt tractare de rebus diuinis, & philoſophiæ de rebus humanis, malè Iuriſprud. definitur diuinarum atq; humanarum rerum notitia. Atqui verum eſt prius, vt inter omnes conſtat. Ergo verum eſt etiam poſterius.

4. Malè, inquiunt, Iuriſprud. definiri iuſti atq; iniuſti ſcientiam, cum Iuriſprudentia non doceat iniuſtum, ſed potius illud omnibus modis præcavere nitatur, vt quæ ſit ars æqui & boni *l.1.ff. de iuſt. & iur.*

Cæterum leuiora hæc ſunt, quàm vt quicquã contra definitionem noſtrã obtinere queant. Quod n. in primo argumẽto aſſumitur, nempe definitionẽ propoſitam aut incerto genere conſtare, aut certè duplici genere, id omninò falſum eſt: vnũ enim idemq; genus eſt Iuriſprud. quod duobus nominib. æquiualentibus ſeq; inuicem explicantibus in definitione exprimitur: idem enim hic valet notitia quod ſcientia & ſcientiæ verbum prioris declarationis gratia ſubiectum eſt.

Sic etiam aſſumptionem ſecũdi argumenti negamus, & ad eius probationem hunc in modũ reſpõdemus: vniuſcuiuſq; ſubiecti duas eſſe partes; rem nempe cõſideratam & modum cõſiderandi; & rem quidem conſideratã poſſe pluribus diſciplinis eſſe cõmunem; modum verò conſiderandi cuiuſq; diſciplinæ eſſe propriũ, remq; conſideratã reſtringere, atq; ex ea proprium facere diſciplinæ ſubiectũ. Iacob Zabar. Philoſophus *lib.1. de natura Logica cap.15. & 18.* Proinde de rebus diuinis (quæ in ſubiecto Iuriſprudentiæ ſunt res conſiderata) tractat Theologia & ex parte etiã Philoſophia; de rebus verò humanis philoſophia: adeoq; quoad rem ipſam conſideratã, idem cum illis videtur ſubiectũ habere Iuriſprudentia: modus tamen tractandi & conſiderandi res diuinas atq; humanas alius eſt Theologiæ, alius Philoſophiæ, alius item Iuriſprudentiæ, & ſic ſingularum ex his diſciplinarum proprius & peculiaris. Etenim Iuriſprud. non quærit, nec tractat de rebus diuinis, aut humanis ſimpliciter, & quatenus res per ſe ſunt, aut quatenus geſtæ: nec de Deo quærit, qua-

Digitized by Google

rit, quatenus Deus eſt, nec quærit de rebus à Deo conditis, de rerum humanarum ortu, incremento, interitu, aut de natura & conditione atque vſu rerum, quæ vniuerſa ſunt aliarum artium; ſed agit de rebus diuinis, quatenus ſunt Dei, de rebus itidem humanis, ſed quatenus ſunt tales, hoc eſt humanæ, ſeu hominũ, ad hoc videlicet, vt quæ ſunt Dei, Deo, quæ hominum, hominibus tribuantur. Quocirca etiam in ea definitione Iurisprudentiæ ſubiicitur in continenti, quod ſit (Iurisprudentia) iuſti atq; iniuſti ſcientia: quæ verba declarant nobis modum, quo circa res diuinas & humanas ius noſtrum verſetur, eaq; faciunt definitionem Iurisprudentiæ propriam, eandemq; à cęteris omnibus diſciplinis exactè diſcernunt; Donell. *1. com. 16.*

Falſum itaq; eſt, quod in ſecundo argumento aſſumebatur, definitionẽ præfatã nõ eſſe propriam Iurisprud. nec eam perfectè à cæteris diſciplinis diſtinguere.

Idem quoq; reſpondendum eſt ad argumentum tertium, quod cum præcedente eiusdem eſt ſententiæ.

Ad vltimum verò reſpondetur, Iurisprudentiam eſſe iniuſti ſcientiam, non ꝙ doceat iniuſtum facere, ſed quod prohibeat. Donel. *d. c. 16.* Sic enim hoc eleganter Marcianus declarat in *l. 2. ff. de legibus*, vbi ita ſcribit: ***Lex eſt omnium diuinarum atque humanarum rerum regina, oportet autem eam eſſe & præſidem & bonis & malis, & principẽ & ducem eſſe, & ſecundum hoc regulam eſſe iuſtorum & iniuſtorum; & eorum, quæ natura ciuilia ſunt animantium, præceptricem quidem faciendorum, prohibitricem autem non faciendorum.*** Eodemq; pertinet etiam Modeſtini dictum in *l. 7. ff. de legib.* *Legis virtus hæc eſt; imperare, vetare, permittere, punire:* vt proinde ius noſtrum verſetur circa iuſtum & iniuſtum, circa illud quidem imperando, iubendo, permittendo; circa hoc verò vetando & puniendo.

Duo ſunt genera diſciplinarum, quorũ vnum verſatur circa res abſolutè neceſſarias, quæq; à nobis nec fieri, nec impediri poſſunt, ad hunc ſolum finem, vt illas cõtemplemur & cognoſcamus, vnde etiam ſciẽtia appellatur. Alterũ verò occupatur in rebus non abſolutè neceſſariis, ſed cõtingẽtibus, quæ ſcilicet aliter ſeſe habere poſſunt, finemq; habẽt operationem, ſeu praxin ex quo & practicum appellari conſueuit. Quęritur itaq; ad vtrum genus diſciplinarum referri debeat Iuriſprudẽtia? Iohannes Coraſius, & poſt eum nouiſſimè Gilckenius, multis argumentis contendunt, Iurisprudentiã propriè loquendo ſcientiam eſſe.

Litera E. Quæ. 15. Vtrum Iurisprudentia, propriè loquẽdo, ſit ſcientia?

1. Etenim quæcunque diſciplina habet pro fine contemplationẽ & de rebus neceſſariis tractat, illa eſt ſcientia. Atqui Iurisprudentia pro fine habet cognitionem æqui & boni, iuſti & iniuſti *l. 1. ff. de iuſt. & iur.* & verſatur etiam circa res neceſſarias & immutabiles *arg. §. pen. Inſtit. de iur. Nat. Gent. & Civ.* Ergo Iurisprudentia propriè loquendo, eſt ſcientia.

2. Scientia (definiente Ariſtotele *poſt. Anal. c. 2. & 1. Phyſ. § 1.* eſt, cum rem per cauſam ſuam cognoſcimus: at in Iurisprudentia rem per cauſam ſuã cognoſcimus *l. ſcire. ff. de legib. l. 2. §. iuris ciuilis ff. de oblig. iur.* Ergo Iurisprudentia propriè eſt ſcientia.

3. Adhæc Iurisprudentia propè in infinitis locis iuris noſtri appellatur ſcientia, vt in *l. 10. ff. de iuſt. & iur. §. 1. Inſt. eod. l. 1. §. iuris ciuilis. ff. de oblig. iur.* At verò non eſt veriſimile, toties ſcientiæ nomine Iurisprudentiam inſigniri, ſi non eſt propriè ſcientia.

4. Quæcunq; diſciplina habet demonſtrationes apodicticas, ſeu argumenta neceſſaria, illa eſt ſcientia propriè ita dicta *Ariſtot. 1. Ethic. 1.* Atqui in Iurisprudentia inueniuntur argumenta neceſſaria & apodicticæ demonſtrationes: etenim ad demonſtrationes requiritur, vt per proximam cauſam affectio demõſtretur ineſſe

Digitized by Google

ſuo ſubiecto: in Iuriſprudentia autẽ hoc fieri poteſt, quia hæc quoq; diſciplina habet proximas ſuas cauſas, itemq; affectiones, quas ſubiecto inhærere, demonſtrari poteſt. Ergò Iuriſprudentia eſt propriè ſcientia.

5. Adde quod Iuriſprud. multa habeat axiomata philoſophica, è quibus demonſtrationes fieri poſſe nullum eſt dubium. Ergo Iuriſprudentia eſt propriè ſcientia.

Verum enimuero, quod Iuriſpru. non ſit propriè ſciẽtia, ad veritatẽ, philoſophicam præſertim, propius accedere videtur.

1. Quippe illa propriè ſcientia eſt, cuius finis vnicus & vltimus eſt ſcire & cõtemplari Zabarel. *l. de Nat. log. cap. 2. pag. mihi 3.* Atqui Iuriſprudentiæ noſtræ finis vltimus non eſt ſcire & cõtemplari, ſed agere & operari, nempè ſuũ cuiq; tribuere, alterum non lædere, honeſtè vivere *l. 10. ff. de iuſt. & iur. §. 3. Inſtit. eod.* Ergo Iuriſprudentia non eſt propriè ſcientia.

Reſp. Et licet Gilken. & Coraſ. reſpondeant, Iuriſprudentiam quoq; poſitã eſſe in cognitione, eò quod contempletur & cognoſcat, quid æquũ ſit, & quid iniquũ. Vnde & Vlpianus dicit: Boni & æqui notitiã profitemur *l. 1 ff. de iuſt. & iur.* Itemq; quod prudentis ſit ſoluere iuris nodos, ꝙ fieri non poſſit, niſi præcedẽte ſubtili indagine ac ſpeculatione: Deniq; quod ſcientia duplex ſit; contemplatiua & practica. Ideò quamuis Iuriſprudentia non ſit ſcientia contemplatiua, quod ſolũ probet argumentũ propoſitũ, tamen ſit ſcientia practica. Reſp. nihil tamẽn quicquã hoc ad rem pertinet, nec argumentũ noſtrum vllatenus infringit. Nam ſi Iuriſprud. idcirco dicitur ſcientia, ꝙ in cõtemplatione & cognitione verſetur, quid obſtat, quo minus oẽs indiſtinctè diſciplinæ ſcientiæ appellentur? quę nam n. omnium eſt, quę nõ aliquã ſpeculationẽ requirat; & in qua nodi intricati & difficiles non veniãt diſſoluendi? Et ſane Ethica (quã tamen ſcientiã eſſe Philoſophus diſertè negat *1. Eth. 3.*) primũ cognoſcit & contẽplatur virtutes, poſt ſecundum eas operatur. Cæterũ illa demũ propriè eſt ſcientia, quæ vnicũ & vltimũ finem habet contemplationẽ, quæ in cõtemplatione acquieſcit, & vlterius non progreditur ad praxin. Zabar. *d. c. 2. & lib 3. de Method. c. fin. pag. mihi 271. lit. b, & c.* Nec verò admittenda eſt diſtinctio illa, minus profectò ſubtilis & philoſophica, inter ſcientiam practicã & contemplatiuam: nam diſciplinam practicam ſcientiam, verbo illo propriè accepto, appellare, eſt contradictoria loqui.

2. Deinde ſcientia, eſt rerũ immutabilium & neceſſariarum. At Iuriſprud. noſtra non eſt rerum neceſſariarũ, ſed contingentium ac mutabilium. Igitur Iuriſprudentia non eſt propriè ſcientia.

Reſp. Nec obſtat huic argumento, ꝙ reſpondet Coraſius: Iuriſprudentiã quoque eſſe de rebus neceſſariis, quia ſuum iubeat cuiq; tribuere, alterũ non lædere, bonum publicũ promouere, quæ omnia & ſingula ſummopere ſint neceſſaria.

Reſp. Etenim hoc eodẽ argumento dicendum eſſet, Ethicã quoq; eſſe ſcientiã, vt quæ ſecundum virtutes iubeat vivere, adeoque honeſtè & beatè vivere, quod ipſum quoq; neceſſarium eſſe, omnes ſani fatentur. Et tamen Ethica nõ eſt ſcientia, propriè ſic dicta *Ariſtot. lib. Ethic. cap. 3.* Proinde obſeruandum hic eſt; neceſſitatem eſſe duplicem, vnam abſolutam, & alteram ex hypotheſi. Illam ſolius eſſe ſcientiæ; hanc verò conuenire etiam practicis diſciplinis; quandoquidem & hæ concluſiones ſuas neceſſarias habent, non quidem abſolutè tales, ſed ſolum ex hypotheſi, & conditione finis, ſi ſcilicet finem propoſitum aſſequi optemus. Zabarel. *de Nat. Log. lib. 16. c. 6. p. mihi 13. & libr. 3. de Method. c. fin.* Sic igitur & Iuriſprudentia habet concluſiones neceſſarias ex hypotheſi: viuendum eſt honeſtè, ſi videlicet iuſti eſſe cupimus. In Ethica ſecundum virtutem viuendum eſt, ſi beati eſſe

ti eſſe velimus. Denique ex ſolis reb. neceſſariis, circa quas res diſciplina quæque verſatur, non debet illa diſciplina vocari ſcientia, niſi etiam finem hunc ſolum propoſitum ſibi habeat, quod velit res illas ſcire & contemplari & in ſcientia illa atque contemplatione acquieſcere.

3. Quæ diſciplina tractatur ordine reſolutiuo, illa non eſt ſcientia proprie ſic dicta: quoniam ſcientiæ tractantur ordine compoſitiuo: practicæ vero diſciplinæ ordine reſolutiuo. Zabarel. *de Method. lib. 2. c. 7. 8. & 9.* Atqui Iuris prudentia tractatur ordine reſolutiuo, non compoſitiuo: quia in ea a ratione finis (qui eſt iuſtitia) progredimur ad inuenienda principia, ex quibus operationem poſtea inchoantes, producere & generare illum finem poſſimus, qui eſt ordo reſolutiuus, vt prolixe docet Zabarell. *dicto lib 2. c. 7.* Ergo Iuriſprudentia non proprie eſt ſcientia.

Nec refragantur quæ ſupra huic ſententiæ Coraſ. & Giſkenius obiecerunt. Quod enim ad primum, negatur eius aſſumptio, non n. habet Iuriſprudentia pro fine vnico & vltimo contemplationem, quod tamen neceſſario ad ſcientiam requiritur, ſed eius finis præcipuus eſt, operatio & praxis, vti modo prolixius fuit oſtenſum.

Ad ſecundi argumẽti propoſitionem reſpondemus, non ſtatim vbi res per ſuam cauſam cognoſcitur, ibi eſſe ſcientiam, ſed cum res cognoſcitur per cauſam neceſſariam & immutabilem, qua ea res ſeſe aliter habere non poteſt, iuxta Ariſtotelis doctrinam *in poſt. Anal. c. 7. & 1. phyſ. text. 1.* Crellius *in Iſagog. Log. c. 2.* Adde quod ſcientia ſit, cum rem per cauſam cognoſcimus, & in cognitione illa acquieſcimus, nec ad operationem progredimur. Zabarel. *lib. 1. nat. Log c. 3.*

Sic nec tertium obſtat, nam in quibusque locis iuris noſtri appellatur Iuriſprudentia ſcientia, ſemper intelligendum eſt vocabulum ſcientiæ in largiori & in propria ſignificatione accipi, prout hoc verbum idem, quod ars, ſeu diſciplina ſignificat. Weſenbec. *in parat. de iuſt. & iur. num. 11. Vult. ad §. 1. Inſtit. de Iuſt. & Iure.*

Nam ita generaliter accipitur etiam hoc vocabulum (*ſcientia*) quandoque à Philoſopho, alias hac in re cautius & accuratius loquente, vt obſeruare licet *ex cap. 2. lib. 1. Ethic.* Et quod in obiectis locis vocabulum ſcientiæ accipiatur abuſiue, probant tum rationes, pro noſtra ſententia adductæ, tum etiam quod *in l. 1. ff de Iuſt. & Iur.* Iuriſprudentia expreſſe dicatur *ars.*

Similiter nec quartum magni eſt momenti. Quippe aſſumptio eius negari debet. Etſi enim Iuriſprudentia habeat ſubiectum, habeat cauſas proximas, per quas de ſubiecto affectiones demonſtrentur: tamen cum non habeat ſubiectum neceſſarium & æternum, cauſasque æternas & immutabiles (quæ omnia ad veram ſcientiam propriasque & apodicticas demonſtrationes requiruntur) idcirco proprie ſcientia dici non poteſt.

Et licet quidam hic regerant, quod Iuriſprudentia noſtra multa habeat præcepta ex iure naturali, quæ immutabilia ſunt *§. pen. Inſtitut. de Iuſt. & Iur.* Vnde argumenta extruantur immota & abſolute neceſſaria.

Reſp. Verius tamen eſt, præcepta illa iuris naturæ non eſſe abſolute & immutabiliter neceſſaria, cum etiam ius naturæ quandoque mutetur, aut certe effectus eius impediatur, prout docet exemplum libertatis naturalis, quæ, ſeruitute introducta, quoad quid immutata fuit.

Præterea etiam illud conſiderandum, quod non quiuis ſyllogiſmus, neceſſariis principiis, ac propoſitionibus conſtans, ſit demonſtratio, ſed requiratur præterea, vt ſcientiam pariat 1. *poſterior. Analyt.*

 8. 9. 10.

8.9.10.11.& 12. Crellius *in Iſagog.log.part.2.c.1.pag.mihi 537.* Scientiam dico talem, qualem ſupra deſcripſimus.

Sic enim etiam in Theologia dantur argumenta maxime neceſſaria & plane immota. Nec tamen quis facile Theologiam dixerit ſcientiam, vt cuius finis conſiſtat non in nuda ſolum ſpeculatione,ſed etiam in praxi. Rectius igitur huiuſmodi argumenta & ſyllogiſmos, cum domino Keckermanno *in ſyſtem. logic. lib 3.c.9 prop. 3. pag. mihi 512.* rectius fortaſſe diſtinxerimus à ſyllogiſmis topicis & Apodictis, & cum eodem dicticos ſyllogiſmos appellauerimus.

Denique non reſiſtit vltimum argumentum. Nam cum axiomata illa non ſint propria iurisprudentiæ, non poterit ab illis ſcientia appellari.Deinde iſta axiomata, maxima ex parte, ſunt petita ex Ethica,Politica,Logica & Rhetorica, quas diſciplinas, non niſi abuſiue,ſcientias appellare licet.

Vltimo negamus conſequentiam huius illationis: quia alias Mathematica eſſet Metaphyſica, cum vtatur Metaphyſicis principiis, & Medicina eſſet phyſica, quia principiis nititur phyſicis: & iurisprudentia noſtra Ethica diceretur ex principiis Ethicis.

RESOLVTIO THESIS Tertia.

Lit. A. Qu. 16. Quænam ſint iuris præcepta & quomodo ab inuicem diſtinguuntur?

TRia eſſe iuris noſtri principia, honeſte viuere,alterum non lædere, ſuum cuique tribuere videtur innuere Iuſtin. *in §.3. Inſtit. de iuſt. & iure & l.10 ff eod.* vbi,ait, iuris pręcepta ſunt hęc:honeſte viuere,alterum non lædere,ſuum cuiq; tribuere.

Veruntamen huic ſententiæ obſtare videtur.Primo,quod cum honeſte viuere fons ſit & origo omnium virtutum, teſte Cicerone *lib.1 de offic.* Videatur primum præceptum (honeſte viuere) tàm latè & generaliter patere, vt ſuo ambitu cætera complectatur. Etenim qui alterum non lædit & qui ſuum cuique tribuit,is honeſte vtique viuit. Vnde Donell.2.*Comment.* 1.ait verbis tria eſſe præcepta, reipſa autem vnum tantum, nempe honeſte viuere,quod tanquam genus, reliqua duo ſub ſe complectatur: quæ tamen à ſe inuicem ſpecialius ita diſtinguantur, vt prius ſpectet ad defenſionem famæ, libertatis,incolumitatis & exiſtimationis:alterum vero pertineat ad defenſionem bonorum, atque hoc præcipiat,ne cuius bona violemus. Deinde præceptum vltimum *ſuum cuique tribuere*,reliqua complectatur.

Tum quod in definitione iuſtitiæ huius ſolius mentio fiat, illa vero, ſine dubio,diuerſa iuris pręcepta complectatur, cum ſit totius Iuriſprudentiæ adæquatus finis. Tum etiam,quod,qui honeſtè viuit,& alterum non lædit, is ſuum cuique tribuit,honeſte quidem vidēdo, id quod ſibi & proximo debetur alterum vero non lædendo, quod ſoli proximo debetur. Et è contra,qui non honeſte viuit & alterum non lædit, is non videatur tribuere ius ſuum cuique.Hinc Anton.Fab. *in ration ad l.20. ff. de iuſt. & iure.* ait præceptum ſecundum nempe alterum non lædere includere tertium, quoniam & is alterum non lædit, qui ſuum cuique tribuit.

Verior tamen eſt & longe probabilior illorum ſententia, qui cum Iuſtiniano & Vlpiano tria iuris præcepta, à ſe inuicem reipſa diſtincta conſtituunt. Nihil quicquam impedientibus vel Donelli vel Fabri rationibus: Nam, vt prius Donello reſpondeamus,animaduertendum eſt, illud honeſte viuere duplicem habere acceptionem. Primò accipi ita generaliter,prout illud hìc à Donello capitur: deinde ſpecialiter,prout idem eſt quod moderate viuere. Hocque poſteriori modo accipitur ab Vlpiano *in l. 10. ff. de iuſt. & iur.* Atque Iuſtiniano *in § 3. l. eod.* Hoc enim primum præceptum(vti mox pluri-

bus

bus dicemus) abſolutum eſt, reſpiciens ſolum ipſum agentem; reliqua vero duo reſpectiua & relatiua proximum videlicet & conciuem reſpicientia. Atque hoc ipſum animaduertit quoque Weſenbec. *in d. §. 3.* vbi in hæc verba admodum notanter ſcribit: quanquam honeſtum alias vniuerſum virtutum chorum totumque diſcrimen honeſtorum & turpium complectitur, tamen in hac diuiſione pro iuſtitia ſeu virtute abſoluta, non relatiua ponitur: cæteraque etiam præcepta, quæ ſequuntur, vt diuerſa non continet.

Ad Fabii obiectionem reſpondemus, illud ſuum cuique tribuere itidem dupliciter ſumi: late & generalius, ita vt ſuum cuique tribuere dicatur non ſolum qui in permutatione & diſtributione bonorum tribuit, cuiq; quod eius eſt, aut ipſi debetur: ſed etiam qui in omnibus aliis actionibus cuique tam ſibi, quam aliis aſſignat atq; exhibet, quod ipſi tribuendum venit: deinde ſtricte & ſpecialius, vt ſuum cuique tribuere dicatur, qui in permutatione rerum ac diſtributione bonorum tribuit cuique quod eius eſt aut ipſi debetur. Priori itaque modo capi in definitione iuſtitiæ, qua etiam cætera præcepta cōprehendantur: poſteriori vero ſignificatu hoc in loco, vbi diſtinctius & accuratius loqui Iuſtinianus voluit cum Vlpiano noſtro, qua de re mox plura ex Cuiacio ſubiiciemus.

Cum igitur iſta iuris præcepta ſint inuicem, vt diximus, re ipſa diſtincta, anxie quæritur ab Interpp. quomodo tandem illa ab inuicem diſcernantur.

Et primo Vaconius à Vacuna in declarat. 30. *n. 4. & ſeqq.* ait, primum præceptū (honeſte viuere) ita vt ſupra dicebatur ſpecialiter accipi pro moderate viuere: ſecundum pertinere ad moderandos affectus, qui exiſtunt in iraſcibili, veluti ad timores & fiducias, itemque ad iram. Tertium vero ſpectare ad iuſtitiam, quę in diſtribuendo ac permutando verſatur.

Secundo Hermanus Vult. ad *d. §. 3.* ſic diſtinguit hæc præcepta, vt primum ſpectet ad hominem, quatenus homo eſt, ſitque abſolutum, non ſolutum, non reſpectiuum: reliqua vero duo referantur ad hominem, non quatenus eſt homo, ſed quatenus eſt ciuis: Et prius quidem velit, ne quis mala faciat, poſterius vero, vt quis proximo bene faciat, cum ſatis non ſit, vt mala non faciamus, ſed requiratur hoc amplius, vt aliis etiam benefaciamus; iuxta illud: *Abſtine à malo & fac bonū Pſ. 34. v. 15.*

Tertio Iacob. Cuiacius *in Com. poſth. ad tit. de iuſt. & iur. in l. 10.* Weſenbec. *ad d. §. 3.* ſecuti Accurſium, hoc modo ab inuicem præcepta illa diſtinguunt; vt primum (honeſte viuere) ſit abſolutum & ad nos tantum ſpectet, nō ad alios, præcipiatque ne quid agamus, quo videamur eſſe turpes, ne ſermone, habitu, moribus diſſoluti, luxurioſi ſimus, ne quid flagitioſe agamus, quod vel nos commaculet ſolos. Reliqua verò duo præcepta ſint reſpectiua ac proximum reſpiciant: & prius quidem (alterum non lædere) hoc velit, ne damno aliū afficiamus, ne furtū, ne rapinam, ne violentiam aduerſus proximū & conciuem exerceamus. Poſterius vero præcipiat, vt tribuamus rem cuiq; ſuam, quam poſſidemus, tenemus vel debemus: virtuti præmium & honorem, vitio ſupplicium.

Quarto paulo aliter Petrus Heigius, qui primum præceptum itidem ſtatuit abſolutum, illudq; ad priuatæ ac propriæ vitæ moderationem ſpectare, vitamq; humanam priuatim abſoluere; ſicut contineat omnem vitæ honeſtatē, quæ rurſus omnem virtutis vſum comprehēdat, admoneatq; vt fortiter, tēperate, benigne, comiter, moderate, manſuete, vere & omni omnino virtuti congruenter nos geramus. Cætera vero duo præcepta (alterū non lædere, & ſuū cuiq; tribuere) ſint relatiua, q̄ extra ſe agāt, & ciuilem inter homines ſocietatē tueantur; quorū alterū in delictorū correctione poſitū, vt lædamus vetat.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

vetat: alterum in rerum contractarum fide & officiorum exhibitione cernatur, & vt ſuum cuique tribuamus iubeat, qua ratione etiam Giphan. hæc præcepta diſtinguat *in d. §. 3.* Vbi tamen addit primum præceptum magis philoſophicum eſſe, quam iuridicum.

Nam etſi in iure quoque honeſti magna habeatur ratio: eius tamen tractationem ad philoſophum politicum proprie pertinere: ad Iuriſconſultum eatenus tantum, quatenus Reipublicæ & vitæ humanæ nihil noceat.

Quinto alii hæc ita explicant, vt tria iſta præcepta: honeſte viuere, alterum non lædere, & ſuum cuique tribuere, tres hominum affectus, libidinem ſcilicet, irã & cupiditatem intra iuſtitiæ vniuerſalis fines coerceant, quippe fugatur libido, ſi honeſte viuatur, extinguuntur contentionis, & irarum flammæ, ſi nemo lædatur, & refrenatur cupiditas, ſi ſuum cuiq; tribuatur.

Sexto Iohannes Coraſius putat, iſta tria præcepta ſic eſſe diſtinguenda, vt primum referatur ad Deum, ſecundum ad proximum, & tertium ad noſmetipſos.

Ex variis hiſce Interpp. opinionibus, Cuiacii veriſſimam ac cæteris omnibus præferendam eſſe iudico.

Tertio obiicitur hiſce præceptis, quod longe plura ſint præcepta iuris quam iſta tria ab Vlpiano & Iuſtiniano recenſita, quinimo tot videãtur eſſe præcepta, quot ſunt leges: quandoquidem ſingulæ leges vim habent præcipiendi *l. 7. ff. de legib.* & pulchre demonſtrat Donell. *2. Com 1.*

Reſp. Sed ad hoc reſpondeo hic tantum tria conſtitui pręcepta iuris, quia hęc ſunt prima & ſumma præcepta atq; principia, à quibus omne ius, omneſque leges pendeant.

Vacuna *declarat 30. n. 6.* Ad quæ omnia reuocari neceſſum ſit, vt nulla lex ciuilis reperiatur, quæ huc non ſpectet, Coraſ. *de art. iuris p. 1. c. 24 & ad l. 10. ff. de iuſtit. & iur.*

Vltimo obiicitur, quod leges noſtræ aperte permittant concubinatum exercere contra honeſtatem, permittant in contractibus proximum circumuenire *l. 16. ff. de minor.* itemque ſuum alteri auferre per vſucapionem *tot. tit. Dig. de vſucap.*

Reſp. Sed reſpondendum eſt leges noſtras non præcipere concubinatum, ſed ſolum non prohibere, ſed tolerare, iuxta illud, non omne quod licet, honeſtum eſt *l. 144. de R. I.* At vero, inquies, vel hoc ipſũ quod aliud iure noſtro permittitur, quod honeſtum non eſt, pugnare cum præcepto primo, quod præcipiat honeſte viuere, adeoq; omne id, quod honeſtum non ſit, prohibeat.

Reſp. Veruntamen notandum, quod verbum *licet* duplicem habet ſignificationem, alias ſignificat idem quod *permiſſum eſt*; alias vero, vt *in d. l. 144.* id quod non eſt legibus expreſſe & ſpecialiter prohibitũ. Cum igitur dicitur, honeſte eſſe viuendũ, excluditur inhoneſtum illud, quod expreſſe prohibetur, non quod permittitur. Petr. Fab. *in d. l. 144. de R. I.* Adde quod duplex ſit honeſtas, vna quæ præcipitur legibus noſtris, altera, quæ tantum ſuadetur: prior impune non violatur per leges: at poſterior hæc violatur impune, ſi leges ſpectentur, eoque pertinent leges de concubinatu, quamuis vitio & dedecore naturali contemptus iſte non careat, quia in coniunctionibus honeſtas præcipue ſpectanda eſt *l. 42. ff. de ritu nupt.* Quod ad circumuentionem in contractibus atque vſucapionem, quàm hæc cum præceptis iuris non pugnent, quàmque conueniant æquitati, infra dicemus.

Ius duplex eſt publicum & priuatum: illud dicitur, quod ad ſtatum totius Reipublicæ pertinet: hoc vero quod ad ſingulorum vtilitatem ſpectat, *§. vlt. I. de iuſti. & iure.* Quod ſic intelligendum bene monet Autor noſter, quod ius publicum ſit illud, quod primo ac principaliter ad vtilitatem totius Reipublicæ ſpectat, conſequenter

Qu. 17. *Quoduplex ſit ius?*

ſequenter vero ſingulorum vtilitatem quoque concernit: quod enim vniuerſæ prodeſt Reipublicæ, id conſequenter ſingulis etiam Reipubl. illius membris, è quibus hæc colligitur, vtile eſt. Conſimiliter priuatum ius eſt illud, quod principaliter concernit vtilitatem ſingulorum: per conſequens etiam vtilitatem totius Reipublicæ ſpectat: nam quod ſingulis prodeſt ciuibus, hoc etiam vniuerſæ Reip. quæ ex ſingulis conflatur & colligitur ciuibus, vtile eſt: ſic Reipubl. intereſſe dicitur, ne quis re ſua male vtatur *§. fin. I. de his qui ſui vel alieni iuris.* Item Reipublicæ intereſſe dicitur mulieres habere dotes ſuas ſaluas *l. 2. ff. de iur. dot.*

Ius porro priuatum dicitur eſſe collectum ex præceptis naturalibus, iurisgentium & ciuilibus *§. fin. I. de iuſtic. & iur.* Quod idẽ vtrum ad ius etiam publicũ referri debeat, non conſtat inter interpretes.

Solum priuatum ius ex præceptis naturalibus, iurisgentium & ciuilibus conflatum eſſe atque collectum, communis prope eſt ſententia interpretum, eamque etiam inter alios defendit Heigius *ad §. fin. Inſtit. de iuſt. & iur.*

1. Imperator enim Iuſtinianus *in d. §. fin.* de vtroque iure, tam publico, quam priuato diſſerens, ſolum ius priuatum ait, collectum eſſe ex præceptis naturalibus iurisgentium & ciuilibus. Quod ſi iiſdem præceptis conſtaret etiam ius publicum, procul dubio id itidem monuiſſet.

Præterea ius publicum conſiſtit in ſacris, in ſacerdotibus, & Magiſtratibus: eiusque partes ſunt: ius feciale, augurale, Pontificium, Senatorium, quorum nihil iuri naturali adſcribi poteſt, Cuiac. *ad l. 5. ff. de pact. Heig. in d. §. fin. n. 5.*

His tamen non obſtantibus, verior eſt in cõtraria opinio, quod nempe etiam publicum ius tripartitum ſit, cõſtans præceptis naturalibus, iurisgentiũ & ciuilibus.

1. Enim Fundamenta ipſius principatus ſeu formæ Reip. adminiſtrandæ, tum ex natura, tum ex gentium iure deſumi debent, Lipſius *2. polit. 2.* Bodi. *lib. 6. de Reb. cap. 4. n. 714 fol. 1116.*

2. Ius publicum conſiſtit in Magiſtratibus *d. l. 1. §. huius ff. de iuſt. & iur.* Atqui Magiſtratuum prima origo nõ aliunde quam ex iure gentium repeti debet *l. 5. ff. de iuſt. & iur.*

3. Erga Deum religio & vt patriæ parcamus eſt iuris publici *d. l. 1. §. huius. verſ. publicum ff. d. tit.* At vero erga Deum religio & vt patriæ parcamus eſt iuris naturæ *l. 2. ff. eod. tit.* Sequitur ergo ius publicum etiam conſtare præceptis iuris naturæ.

4. Criminum publicorum perſecutio eſt iuris publici, prout inter omnes conſtat. Hæc vero crimina publica partim iure ciuili, partim iuregent. prohibita ſunt *l 42. ff. de V. ſignif. l. 38 §. quare mulier. ff. ad L. Iul. de adult.*

Quin etiam quædam ex illis delictis ipſi communi naturæ iuri contrariæ ſunt in tantum, vt etiam bruta animantia ab iis abhorreant *Nou. 77. cap. 1.* & ipſi naturæ contraria agunt *Nou. 141. cap. 1.*

5. Ius legationum mittendarum, quod ad ſtatum Reipub. Romanæ ſpectat, publicique iuris eſt, tribuitur iurigẽt. *l. fin. ff. de legat.* Vbi violatione legatorum dicitur iusgentium violari.

6. Bella ſunt iuris, quæ tamen ex iuregent. originem habent *l. 5. ff. de iuſt. & iur.* quin & prima bellorum fundamenta ex iure naturæ peti poſſunt, plerumque enim defenſionis gratia ſuſcipiuntur bella. At defenſio eſt iurisgent. *l. 3. de iuſt. & iur.*

7. Pacta publica ſunt iurisgent. *arg. l. 5. ff. de pact.* Hinc igitur firmiſſime infertur: ius publicum non ex ſolis inſtitutis ciuilibus eſſe collectum, ſed etiam ex iuris naturę gentiumque præceptis ac principiis.

Nec obſtat *d. §. fin. Inſtitut. de iuſt. & iur.*

Quamuis enim, vt hactenus demonſtrauimus, ius publicum perinde ac priuatum ſit collectum ex præceptis naturalib. Iurisgent. atque ciuilibus: tamen idcirco ius ſolum priuatum, non etiam publicum *in d.§.fin.* Ita diuidit Imp. quoniam de publico duntaxat erat acturus *d. §.fin.* Ibi *dicendum eſt igitur de iure priuato, quod tripartitum eſt.*

Quod autem *l.1.§.2.ff.de iuſt.& iur.* ſimiliter ius tantum priuatum dicitur eſſe collectum ex præceptis ciuilibus, naturalibus & Iurisgent. Eius ratio hæc redditur à Lopezio *cap.* 7. quod præcipua pars publici iuris fuerit lege Regia abolita, adeoque ICtus pene nihil de iure publico reſtiterit agendum. Ideo, reiecta prima diuiſionis parte, de ſecunda, videlicet iure priuato, tantum egerit, illudque ex triplici iure collectum oſtenderit.

Non obſtat deinde alterum illud, quod ſupra obiiciebatur: nam vt ius Feciale, Augurale, Pontificium, & Senatorium videantur à Romanis demum conſtituta, tamen dubium non eſt, quin fundamẽtum ſuum habeant in iure naturæ, multaque illorũ præcepta atq; principia ex eodem naturæ ac gentium iure ſint petita atque deſumpta.

Cæterum ius publicum & priuatum non ſic dicuntur ratione cauſæ conſtituentis & ratione formæ, ſiquidem hoc reſpectu recte omne ius dicitur publicum, quandoquidem ius omne publica conſtituitur authoritate: vnde & publicum appellatur *in l.38.ff.de pact.* ſed publicum ius & priuatum dicitur ratione obiecti: ſic vt illud publicum appelletur, quod ad ſtatũ totius Reipublicæ ſpectat, & circa Reip. ſtatum occupatur: priuatum quod pro obiecto habet ſingulos ciues, quorum commodum reſpicit.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Lit. A. IVs porro priuatum collectum eſſe ex præceptis naturalibus, iurisgent. & ciuilibus, iã ſupra monuimus. Ciuile ius illud dicitur quod quæq; ciuitas ſeu populus quisq; ſibi proprium, ad ciuitatem & politiam ſuam accommodatum, facit §. *ſed ius quidem I. de iure nat. gent. & ciuil.* Omnes enim populi, qui legibus & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim cõmuni omnium hominũ iure vtuntur, ait Ictus Gaius *in l.9.ff.de iuſtic. & iure.* Sic igitur & populus Romanus tum cõmuni omnium hominum iure, tum ſuo proprio, quod ſibi fecit, vtitur. Naturale ius eſt ꝙ natura omnia animalia docuit & homini, non vt homini, ſed vt animali cõpetit. *pr. I. de iure nat. gent. & ciuil.* Hoc vero immutabile eſt: ſic n. Iuſtinianus Imperator *in §. penult. I. de iur. nat. gent. & ciuil.* ait, *naturalia iura quæ apud omnes gentes peræque obſeruantur diuina quadam prouidentia cõſtituta, ſemper firma atq; immutabilia pertinere.* Quod quomodo accipiendum quæritur?

Primo enim oſtendit exemplum libertatis, aliaque conſimilia ius naturale mutationem recipere; quippe libertas eſt iuris naturalis §. 1. *I. de iure perſon.* Et tamen ſeruitute introducta, quæ contraria eſt libertati *§.1. I.d.tit. & §.2. I.de iur. nat. gent & ciuil pr. I. de libertin.* fuit libertas quodammodo immutata; ſiquidem cum iure naturæ omnes homines eſſent liberi, cœperunt quidam, poſteaquam ſeruitus libertatem inuaſit, eſſe ſerui. Qu. 19. *Quomodo ius naturale ſit immutabile.*

2. Præterea an non vel in cognatione ſeu iure cognationis falſum illud reperitur quod dicitur, ius naturale eſſe immutabile cum iura cognationis, conſentiente ipſomet Iuſtiniano, perimantur cũ ſeruitute cognati, tum deportatione, prout ſatis perſpicue docemur *in §. penult. I. de capit. dim.* vbi Imperator expreſſe docet iura ſanguinis, quæ naturalia ſunt, §. *vlt. I. de legit. agnat. tut.* per deportationem, quæ ciuilis eſt, tolli.

3. Ad hæc ipſa cognatio, vt quod quis pater eſt, mater, filius, frater, ſine dubio naturalis eſt, vtpote naſcens ex illa con-

iunctione maris atq; fœminæ, quam iuris naturalis eſſe, nemo ignorat *l. 1. §. pen. ff. de iuſtit. & iur.* Hæc tamen ipſa ſeruitute & deportatione tollitur.

Quin & Vlpianus *in l. 6. ff. de iuſtit. & iur.* ſatis oſtendit ius naturale à iure ciuili mutari poſſe, dum ait, Ius ciuile eſſe quod neque in totum à naturali vel gentium recedit, nec per omnia illi ſeruit: itaque cum aliquid addatur vel detrahatur iuri communi, ſeu naturali effici ius ciuile.

Non igitur fruſtra nec otioſe quæritur, quid ſit illud, quod dicitur ius naturale eſſe immutabile? Et ſane in eo explicando vehementer ſe torquent iuris noſtri interpp. Nec eadem omnium eſt interpretatio. Etenim Giphanius *ad §. ſed naturalia pen.* diſtinguit inter ea iura, quæ ſint ex mera ratione naturali profecta, vt eſt vindicta ſeu defenſio ſui, obſeruantia parentibus, patriæ & Magiſtratus debita, & inter ea iura gentium, quæ ſint ex neceſſitate, ſiue neceſſitatibus & vtilitatibus humanis introducta & conſtituta, vt ſunt bella, dominia, ſeruitutes, manumiſſiones, & ita quidem, vt de illis verum ſit, ꝙ Iuſtinianus ſcribit ius naturale eſſe immutabile: hæc vero tollantur & mutentur, quamuis longe difficilius, quam ciuilia iura.

Secundo Donellus 1. *comm.* 12. Weſenb. Borchold. & communis Interpp. Schola ad *d. § penult.* reſpondent ius quidem naturale immutabile eſſe, id quod vero dixerit Imperator, ſcilicet vt genus aliquod naturalis iuris totum tolli & immutari nunquam poſſit; ſed tamen temperari & limitari queat, h. e. ſic accipi vt aliquid inde excipiatur; & tamen ne hoc quidem, niſi ex iuſta & maxime idonea cauſa. Igitur ſeruitute contra naturalem libertatem introducta, non hoc ius conſtitutum eſt, nec etiam conſtitui potuit, vt omnes homines eſſent ſerui, adeoque lex naturæ vniuerſa de libertate hominum tolleretur è medio, ſed ſolum vt quidā hominum, in quibus ſcilicet iuſta cauſa eſſet ſeruitutis, efficerentur ſerui, adeoq; in quibuſdā duntaxat, & paucis, libertas naturalis tolleretur. Atq; huc pertinet quod ſupra ex Vlpiano adferebatur, ius ciuile eſſe quod neq; in totum à naturali iure recedat, neq; per omnia illi ſeruiat: item cum aliquid addatur vel detrahatur iuri naturæ, effici ius ciuile: hoc enim quid aliud eſt, quam ius naturæ temperari ac limitari à iure ciuili: non refragatur nobis exemplum ſuperius, cognationis, nam bene ad hoc poſt Accurſium reſpondet Donellus, in præcitato *c.* 12. diſtinguendum eſſe inter cognationem ipſam & inter iura cognitionis: vt hæc quidem tolli poſſint, illa vero non item. Etenim iura cognationis eo in loco ſignificant nihil aliud, quam ea iura, quæ circa cognationem ſunt iure ciuili conſtituta, cuiuſmodi ſunt iura percipiendarum hereditatum & tutelarum, quæ dubio procul à iure ciuili introducta ſunt: non obſtante eo, quod in eodem *§. final. de legit. agnat. tut.* eadem iura dicantur naturalia. ℞ non enim ſic dicuntur propter ſe, ſed propter rem, cui tribuuntur: tribuuntur enim cognationi, quæ natura, non iure ciuili contingit. Naturalia igitur appellantur quia iure naturali conſiſtunt, & ab hac cauſam habent, non quia ſunt ex iure naturali: at, inquies, ſi igitur hæc iura ſunt ciuilia, qui fit quod maxima ſolum & media capitis diminutione, non etiam minima tollantur: cum & hæc tollere poſſint ciuilia iura?

Verum reſpondendum ex eodem ſuperiori fundamento; hoc ſcilicet ideo fieri, quoniam licet per ſe ciuilia ſint; in re tamen naturali conſiſtant, itemque cauſam habeant naturalem; adeoque naturalia ſint quodammodo, propter rem, cui tribuuntur. Et ſane ſi ſimpliciter, per ſe & ſua ex natura naturalia eſſent, tum ſequeretur quod abſolute eſſent immutabilia, nec vllo iure ciuili, nec vlla capitis diminutione tolli poſſent.

Digitized by Google

Nec obſtat quod Pomponius ait *in l. iura ff. de R. I.* Iura ſanguinis nullo iure ciuili dirimi poſſe, Reſp. Nam ibi iura ſanguinis aliter accipiuntur, quam *in dict. §. fin l. de legit. agnat. tutel.* & *§. pen. l. de cap. dim.*

Nempe de illis iuribus ſanguinis, quæ fere vna cum ſanguine iam ab initio nobiſcum naſcuntur, quæ conſtituuntur natura inter aliquos ideo, quod ſanguine iuncti ſunt, etiamſi aliæ omnes leges ciuiles deſint, cuiuſmodi ſunt parentum amor & cura erga liberos, liberorum honos & obſequium erga parentes, honeſtas in coniunctionibus corporum, neceſſitudo & charitas arctior inter cognatos. Hæc enim iura nullo iure ciuili dirimuntur, quæ & ſeruari in ſeruilibus cognationibus, cum de nuptiis ſeruorum inter ipſos agitur, traditum eſt *in §. illud tit. de nupt.*

Qu. 20. *Cuius iuris ſit neceſſaria & legitima defenſio.* Ad hoc igitur ius naturale, anne defenſio ſit referenda, quæritur?

De hac quæſtione tres reperio diuerſas Interpp. noſtrorum ſententias, quas ordine exponere non erit infrugiferum. Primo enim Hugo Donellus *1. Comment.* 10. alii quæ permulti non ignobiles iuris noſtri interpp. ſtatuunt, defenſionem etiã legitimam & moderatam; ſeu ipſum moderamen inculpatæ tutelæ eſſe iuris naturalis: huiusq; opinionis ſuæ hæc ſequentia habent fundamenta.

1. Illud, inquiunt, iuris naturalis eſt, quod brutis animalibus commune eſt cũ hominibus *pr. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil. l. 1. ff. de iuſt. & iur.* Atqui ius defenſionis competit non ſolum hominibus, ſed etiam animalibus brutis *l. 1. §. cum arietes 11. ff. ſi quadrupes pauper.* Ergo defenſio legitima, ſeu moderamen inculpatæ tutelæ eſt iuris naturalis.

2. Vlpianus *in l. 1. §. vim vi 27. ff. de vi & vi armata. Vim*, ait, *vi repellere licere Caſſius ſcribit: idq; ius natura comparatum eſt.*

3. Eadem ſententia & hac ratione probatur, quod diſerte ICtus ſcribit, vim vi repellere omnes leges omniaque iura permittere.

4. Et Cicero *lib. 2. de offi.* principio, inquit, generi animantium omni eſt a natura tributum, vt ſe, vitam, corpusq; tueatur, declinetq; ea, quæ nocitura videntur.

Eodemq; ſpectat quod Plinius ſcribit: *leonum feritas inter ſe non dimicat: ſerpentum morſus non petunt ſerpentes, ſed ſi vis inferatur, nulla eſt cui non ſit ira: non ſit animus iniuriæ impatiens, & prompta, ſi noceas, ad ſe defendendum alacritas.* Et quod Ioſephus *lib. 3. de bello Iudaico cap 25* ait: *natura lex firma eſt, vt omnes velint viuere: qua de cauſa hoſtes illos iudicamus, qui nobis illud afferre præ ſe ferunt, & nos ab iis vindicare molimur.*

5. Quin etiam expreſſim hoc ſtatuit Papa *in clem. paſtoralis §. cæterum de ſent. & executione rei iud. cap. ius naturale diſtinct. 1.* defenſionem à iure naturali deſcendere.

6. Et ſane ipſa experientia hoc ipſum ſatis confirmare videtur, quippe nullum animal tàm infirmum, tàm puſillum eſt, quod vim non propulſet, ſeque & ſua non tueatur.

7. Idem probat *l. 3. ff. de iuſt. & iur.* vbi Florẽtinus rationẽ redditurus eius quod dixerat; vim vi repellere licitum eſſe, eam rationem adducit: *quod cum inter nos cognationem quandam natura conſtituerit conſequens eſſe hominem homini inſidiari nefas eſſe*: ex quibus verbis ita recte infertur: Si hominem homini nefas eſt inſidiari iure naturæ, aduerſum inſidias fas eſt eodem iure ſe defendere. At verum prius eſt, ex mente Florentini; Ergo verum etiam poſterius.

Secunda opinio eſt Coraſii *de arte iur. part. 2. c. 8.* Conani *1. com. 6. n. 8.* Petri Fabri *lib. 2. Semeſtr. cap. 2. pag. mihi 26. cum ſeqq.* Qui ſtatuunt defenſionem neceſſariam eſſe iuris naturæ vel iurisgentium. At defenſionem iuſtam ſeu legitimam, ſiue ipſum moderamen inculpatæ tutelæ eſſe iuris ciuilis.

Atqui hi probant ſuam opinionem ex

l. 1. C. vnde

Digitized by Google

l.1.C.vnde vi. vbi Impp. Dioclet. & Maxim. *Rectè*, inquiunt, *poſsidenti ad defendendam poſſeſſionem, quam ſine vitio tenebat inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulſare licet.* Ex quibus verbis inferunt illi, quod inculpatæ tutelæ moderatio ſit à Dioclet. demum & Maximiniano introducta, adeoque ſit iure ciuili inuenta & conſtituta.

Tertia opinio eſt cōmunis quod nempe defenſio legitima & inculpata ſit iuris naturalis.

Initio autem confirmatur hæc ſententia ex *l.3.ff.de iuſt.& iur.* vbi poſteaquam in præcedente L. ius gentium definiuiſſet ICtus, eius exempla aliquot in ea & ſeqq. legibus ſubiungit, atque inter ea quoque neceſſariam defenſionem, & vis atque iniuriæ propulſationem. Vnde profectò plus quam perſpicuum euadit, defenſionem eſſe iuris gentium.

Reſp. Donellus quidem in *d.c.10.* & Conan. *1.com.4.* circa finem reſpondent, illam L. tertiam exemplum continere non Iurisgentium, ſed iuris naturalis: ſiquidem exempla, quæ definitioni iurisgentium & iuris naturalis ſubiiciuntur in *l.2.4. & l.5.* non ſint vnius iuris, ſed ad ius gentium & naturale pariter referantur, prout vnumquodq; ad hoc vel illud ius referendũ videatur: itaq; exemplum *l.3.ff.de iuſt.& iur.* videatur referendum non ad ius gentiũ, ſed ad ius naturale: & quamuis non videantur L. illæ ita benè inter ſeſe cohærere, tamẽ quia non ſint vnius eiusdemq; ſcriptoris, ſed è diuerſis ICtis fragmenta collecta, fieri potuiſſe (id quod etiam in plærisq; aliis titulis & ll. acciderit) vt à compoſitoribus pandectarum ordine ſiniſtro fuerint collocatæ: ac præterea quod debeat illa *L.3.* ad ius naturale referri imprimis ſuadere aiunt rationes, quę ſupra fuerint pro hac ſententia prolatæ.

Inſtantia) Licet inquam hoc modo reſpondeant illi; tamen cũ contextus ipſe & cohærentia ll. (quam certe hic compilatores obſeruaſſe & reſpexiſſe palam eſt) id non admittant, & aliàs in mera diuinatione conſiſtat, quod aiunt, illam *l.3.* ad ius naturale referri, facili negotio hæc reſponſio refellitur,

Reſpondent quoq; alii, illud ius gentiũ, quo propulſatio iniuriæ dicitur permiſſa in *l 3.de iuſt.& iur.* idem eſſe, quod ius naturale, quod etiam non rarò ius gentium appelletur, vt *§.ſingulorum I. de rerum diuiſ.*

Verum hanc reſponſionem, ait Zoannettus, vanam eſſe, quia IC. in *l.1.§.fin cum l.ſeq.ff.eod.tit.* loquatur diſtinctè & ſeparatim de vtroque iure naturali & gentium, exempla vtriusq; iuris clarè diſcernens, vt ius gentium eo in loco non poſſit ius naturale, quod alias in ſpecie ſic appellatur, ſignificare. Ipſe igitur Zoannettus reſpondet cum Decio: propulſare ingruentem cum iniuria vim, iure gentiũ hominibus eſſe datum. *L itaq; in pr ff. ad L. Aquil. & hac L.3.* Cum enim iniuria ex animo agentis proficiſcatur *l. quæ iniuria in pr. ff.de furt.l.2.§.1.l.ſi quis ſervum §.ſed hoc ff de iniur.* conſequens eſſe animalibus brutis, quæ cunctâ animo & ratione carent, iniuriam non inferri: at verò vim, ſine iniuria imminentẽ, propellere, iuris eſſe naturalis: quo vniuerſa generatim animantia, quantumvis etiam ratione deſtituta ad conſeruationem ſui nihilominus feruntur.

Cæterũ cum propulſatio vis illatæ ſuique defenſio ſemper debeat eſſe cum ratione cōiuncta, eademq; temperata, alioquin non ſit legitima & moderata; ſiue illa vis ſit cum iniuria coniuncta ſiue iniuriæ expers, (vt poſtea ſuo loco latius dicetur) non poteſt vis, etiam ſine iniuria imminens, quatenus ea legitima eſt & intra modũ coercita, dici iuris naturalis, quandoquidem bruta animalia rationis penitus ſunt expertia.

Secundò confirmat hanc etiam ſentẽtiam, quod in *l.4. in pr.ff. ad L. Aquil.* aliisq; conſimilibus textib. dicitur adeò expreſſe, naturalem rationẽ (quæ ipſum ius gen-

tium eſt *§.2. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* permittere, vt ſe quiſq; aduerſus periculum defendat.

Tertiò accedit autoritas & teſtimoniũ Titi Liuii, qui *libr. 43. antiquit. Roman. Iure gentium*, inquit, *hoc euenit, vt arma armis propulſentur.*

Quartò eodem quoq; ſpectat Demoſthenis illud ex orat. contra Ariſtotelem: *Deinde*, inquit, *ô terra, ô Dii immortales, nonne hoc eſt intollerandum & manifeſtiſsimè inique comparatum, non tantum aduerſus ſcriptas legibus, ſed etiam aduerſus ipſam communem omnium hominum legem (cuiusmodi lex ius gentium dicitur in §. 2. Inſt. de iur. nat. gent. & ciu.) ſi mihi non liceat vlciſci eum, qui hoſtilem in modum mea mihi diripit.*

Huic verò ſentẽtię noſtrę non obſtant argumenta primæ opinionis: etenim nihil amplius probant, quàm ꝗ bruta etiã animalia impulſu aliquo naturęad vim atque iniuriã à ſe amouendam incitentur. Ipſam verò defenſionẽ, legitimã iuris eſſe gentiũ, brutiſq; cum hominibus cõmunem nequaquã probant: & profectò ipſa quoq; ratio huic ſententiæ reclamat. Defenſio n. legitima & moderata, ſiue ipſum inculpatæ tutelæ moderamẽ nunquã eſt abſq; ratione, quippe ratio moderatur, & intra terminos legitimos cõtinet atq; coercet appetitũ & inclinationẽ illam naturalem ad ſe ſuaq; defendẽda: & vnde moderamẽ illud, niſi à recta ratione? Iam verò bruta animalia, vti certũ eſt, ſunt rationis expertia, vnde etiam rectè irrationalia dicuntur, ſequitur ergo infallibiliter moderamen inculpatę tutelę, ſeu defenſionẽ legitimã nõ eſſe iuris naturalis, nec communẽ brutis animalibus cũ hominibus.

Nec obſtat huic argumentũ Donelli, quo ita colligit: ſi defenſio eſt brutorum, vtiq; etiam moderamẽ defenſionis, adeoque legitima defenſio, quia ſine moderamine nõ eſt defenſio, ſed vltio & offenſio *l. 45. §. 4. ff. ad L. Aquil.* Iam verò defenſio eſt etiam brutorũ, id quod perſpicuè probare videntur argumento ſuperius adducta. Igitur etiam brutorum & legitima defenſio ſeu defenſionis moderamen.

Non, inquam, hoc obſtat. Nam, vt modò reſpondimus, cum defenſio tribuatur brutis, accipiendũ illud eſt de inclinatione naturali ad ſe ſuaq; qualitercunque defendenda, adeoq; defenſionis verbum ibi impropriè & abuſiuè accipitur, neq; eodem modo de brutis prædicatur, quo de hominibus, ſicut omnia illa, quæ iuris naturæ ſunt, dicuntur aliter hominib. aliter brutis attribui, vt in proxima quæſtione oſtẽdimus, illis propriè, his v. impropriè.

Similiter non obſtat vltimũ argumentum, quod Franciſcus Connan. ex ratione *l. 9.* deſumit. cum & ius gentium ſit à natura & naturali ratione *§. 2. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil. l. 1. ff. de iuſt. & iur.* vt proinde non ſtatim quod à natura eſt, etiam ſit iuris naturæ. Sic enim, verbi cauſa, erga DEVM religio, vt parentibus & patriæ pareamus à natura eſt, & cuique à natura implantatum, & tamen iuri gentium adſcribitur in *l. 2. ff. de iuſt. & iur.*

Denique non obſtat noſtræ ſententiæ fundamentum ſecundæ opinionis, quo probare annitebãtur, defenſionem, quatenus legitimam, eſſe iuris ciuilis. Quamuis enim in *d. l. 1. C. vnde vi.* reſpondeant Impp. Rectè poſſidentem poſſe res ſuas inculpatæ tutelæ moderamine tueri: inde tamen non ſequitur, quod moderamen illud ſit demum ea lege Dioclet. & Maximin. introductum & determinatum: ſiquidem multa iure naturali & gentium introducta hinc inde in legibus noſtris reperiuntur. Donell. *dict. cap. 10.* Nec infrequens eſt, vt Imperatores conſulentibus ex iure naturæ vel gentium reſpondeant: vt nunc taceam, quod ne minimum quidem verbulum extet in tota illa *L. 1.* quod innuat, Impp. moderamen iſta conſtitutione demum definiuiſſe: & ſanè, ſtante illa opinione, ſequetur ante iſtam conſtitutionem non fuiſſe legitimam & inculpatam

patam defenſionem, ſed licuiſſe vnicuique, quo voluerit modo, ſe defendere, vimque illatam propulſare, quod omninò abſurdum eſt. Præterea Paulus Iuriſconſultus in *l. 45. §. 4. ff ad L. Aquil.* moderamen illud inculpatæ tutelæ deſcribit exactè: & tamen vixit Paulus ille multò tempore ante Diocletianum & Maximinianum.

Quapropter ex hiſce apparet veriſſimum eſſe, quod ſupra dicebamus, iniuriæ propulſationẽ eſſe iuris naturalis: at iuſtã defenſionẽ, ſiue quod idem eſt, moderamen defenſionis eſſe iuris gentium, non quidem iuris gentiũ illius ſecundarii, ſed primarii, quod hominibus congenitũ eſt.

Quæ. 21. *An pudicitiam liceat armis defendere cum internecione aduerſarii?*

Si quis aduerſus ſtupratorem aliter ſe defendere non poſſit, quã illud occidendo, quæritur vtrumne pro pudicitiæ ſuæ defenſione licitum ſit aduerſarium necare?

Placet nobis affirmatiua ſententia. Primò enim pro vitæ ſuæ defenſione licitum eſt aduerſarium ſuum interficere, ſiquidẽ aliter non poſſit ſe vitamque ſuam tueri *L. 45. § 4. ff. ad L. Aquil.* Iam verò vita & pudicitia pari paſſu ambulant *l. iuſta cauſa. ff. de manumitt. vindict.* Igitur etiam, ad pudicitiam ſuam defendendam, permiſſum erit alterum occidere, ſiquidem aliter eam tueri non poſſit.

2. ICtus Florentinus in *l. vt vim 3. ff. de iuſt. & iur.* ait ex iure gentium deſcendere, vt vim atq; iniuriam propulſemus: ait indefinitè *propulſemus:* quod ita rectè accipiunt iuris noſtri interpp. vt vim atq; iniuriam licitum ſit propulſare, etiã cum nece aduerſarii, ſi aliter quis eam propulſare non poſſit *l. 45. §. 4. ff. ad L Aquil.* Atqui iniuria eſt, imò ſumma & atrociſſima iniuria vim facere pudicitiæ. Igitur pudicitiam à vi illata permiſſum eſt indefinitè propulſare, etiam cum internecione aduerſarii, ſi hoc aliter fieri nequeat.

3. Hinc Paulus *lib. 5 ſentent. tit. L. Cornel. de ſicar.* Qui latronem, inquit, cædem ſibi inferentem, vel alium quemlibet ſtuprũ inferentem occiderit, puniri non placuit: alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit.

4. Inde quoq; D. Auguſtinus *de lib. arbitrio. Lex,* ait, *dat poteſtatem, vel viatori vt latronem, ne ab eo ipſo occidatur, vel cuipiam viro aut fœmina, vt violenter in ſe irruentem ſtupratorem, ante illatum ſtuprum, ſi poſſit, interimat: Multò enim eſt mitius, eum qui aliena vita inſidiatur, quam eum, qui ſuam tuetur, occidi. Et multò eſt immanius inuitum hominem ſtuprum perpeti quàm eum, à quo vis infertur, ab eo cui infertur, interimi.*

5. Accedit his, quod Florentinus ait in proximè citata *l. 3. ff. de iuſt. & iur.* Iure hoc euenire, vt quod quiſque ob tutelam corporis ſui fecerit, iure feciſſe exiſtimetur. At verò cum quis ſtupratorem, ad pudicitiam ſuam defendendam, interimit, facit hoc ob corporis ſui tutelam. Ergo id iure feciſſe exiſtimatur.

6. Adde quod grauiſſimum & irreparabile ſit damnum amiſſio pudicitiæ: adeò vt D. Hieronymus in *cap. ſi Paulus 32. quæſt. 5.* in hæc verba erumpat. *Audacter dicam Deus cum omnia poſſit, ſuſcitare virginem poſt ruinam non poteſt,* & infamiam facti tollere etiam ſummus Pontifex non poteſt. Eodemque ſpectat præclarum illud Pauli in *l. 8. §. 2. ff. quod met. cauſa,* vbi *viris bonis,* inquit, *metus ſtupri maior quàm mortis eſſe debet.*

7. Quin etiam expreſſe Marcianus in *l. 1. §. 4.* Item Diuus Hadrianus, inquit, reſcripſit: eum qui ſtuprum ſibi vel ſuis per vim inferentem, occidit, dimittendum eſſe.

Quæ. 22 *An in foro poli & conſcientia defenſio ſit permiſſa?*

Quod ait Florentinus in *l. 3. ff. de iuſtic. & iure.* iure hoc euenire, vt quod quis ob tutelam corporis ſui fecerit, iure feciſſe exiſtimetur; id gloſſa de iure fori, hoc eſt, de foro exteriori interpretatur, quaſi in foro poli, hoc eſt, conſcientiæ inexcuſabile ſit homicidium neceſſarium, adeoque iure diuino neceſſaria

ceſſaria defenſio ſimpliciter ſit improbata. In eadem hęreſi fuerunt etiam quidam ex ſcholaſticis, qui defenſionem ſui penitus damnarunt.

Huius autem ſuę opinionis hæc adducunt fundamenta.

Primo, inquiunt, lex naturalis & diuina eſt Non occides. At verò ius naturale & diuinum eſt perpetuum & immutabile *§. pen. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Ergo lex illa, non occides, mutari nequit & conſequenter homicidium impunè non poteſt admitti.

2. Præceptum Chriſti eſt, malo non eſſe reſiſtendum, ſed percutienti dextrã maxillam porrigendam & alteram, *Matth. c. 5.* Item nulli malum pro malo eſſe reddendum, nec maledictũ pro maledicto, ſed iræ eſſe reſiſtendum ad *Rom. c. 12. & 1. Petr. c. 3.* Et *Matth. 5. v. 44.* ait Chriſtus: *Diligite inimicos veſtros, benefacite his, qui oderunt vos, & orate pro perſequentibus & lædentibus vos, vt ſitis filii patris veſtri, qui in cælis eſt.* Itemque *Deuter. 32. verſ. 36.* Mihi vindicta & ego retribuam, dicit Iehoua.

3. Inde D. Hieronymus in *cap. noſtrum 23. quæſt. 5.* Non eſt noſtrum, ait, mortem arripere, ſed illatã ab aliis libenter accipere. Quapropter defenſio ſui ſuorumq; videtur iure diuino ꝓhibita & improbata.

Verior tamen, verboq; diuino magis conſentanea eſt noſtrorũ, ſaniorũq; theologorũ ſentẽtia, qui non ſolũ iure fori atq; humano; ſed diuino etiam iure, & in foro conſciẽtię, non modo excuſabilẽ, ſed probatam etiã, immò quodammodo iniunctam eſſe neceſſariã defenſionẽ ſtatuunt.

1. Etenim præceptum Chriſti eſt: *Diliges proximum tuum ſicut teipſum.* Vnde ſequitur, non minus ſeipſum quam proximum ſuũ diligere quemq; teneri; ac proinde non debet quis vitam proximi ſui anteponere propriæ vitæ, nec parcere ſuo aduerſario cum propriæ vitæ iactura aut periculo.

2. Charitas Chriſtiana incipit à ſeipſa: idcirco quiſq; obligatus eſt ex Chriſtiana charitate, vt potiorem habeat rationem propriæ vitæ, quam aduerſarii.

3. Præceptum Decalogi eſt: *Non occides.* Hoc autem non ſolum præcipit ne alios interficias; ſed etiam, vt te ipſum defendas ac tuearis: quia niſi te defendas, ac tuearis, cũ poſſis, ſed te ab alio interfici pateris, intelligeris temetipſum occidiſſe, atq; effeciſſe, vt hæc lex *Non occides*, in propria tua perſona violetur.

4. Laudatur factum Moiſis, interficientis Ægyptium, ob defenſionem Hebræi *act. c. 7.* Quod ſi igitur iure diuino permiſſum eſt, alium defendere à vi & impetu aduerſarii, quantò magis eodem iure licebit ſemetipſum à vi illata tueri?

5. Inſuper permiſſum eſt diuino iure bona ſua cum nece aduerſarii tueri, vt liquidò conſtat ex *Deut. ca 7.* Cur non ergò liceret vitam quoq; ſuam cum aduerſarii internecione defendere?

Non refragãtur huic opinioni contrariæ ſentẽtiæ argumenta ſuperius receſita.

Nam ad primum reſpondemus, etſi omni iure, etiam diuino homicidiũ ſit prohibitum, id tamen de voluntario, non etiam de neceſſario accipiendum eſſe.

Deinde animaduertendũ quoſdã eſſe quaſi gradus principiorũ & concluſionũ moraliũ: in quibus ſi quãdo contingat, vt concurrant & inter ſe pugnent, inferior ſuperiori cedat, neceſſe eſt. Proinde lex illa naturalis, *Non occides*, vt inferior nõ impediet ſuperiorem naturæ legẽ quæ ſuadet, *vt tuam, tuorumq; vitam defendas:* quippe defenſionis lex vniuerſalior eſt, & alteram ſub ſe comprehendit vel explicat & declarat, vt ita demum habeat locũ, quando quis, nulla neceſſitate coactus, ſed mera priuata vindictæ cupiditate inſontem occidit. Deniq; lex illa *Non occides* pręcipit magis quam prohibet neceſſariam & inculpatam tutelam, vti paulò ante fuit à nobis demonſtratum.

Quod ad dicta ſcripturæ, quib. defenſio neceſſa-

neceſſaria prohiberi videtur, attinet, parũ vel nihil ad præſens negotium faciunt. Siquidem non agunt de defenſione, ſed de vindicta priuata, quæ legibus etiã noſtris ciuilibus, immò omni iure prohibita eſt. Quod enim dicitur *Matt. 5. Ego dico vobis ne reſiſtatis malo*, id eo pertinet, vt nemo quiſquam illegitimè & per priuatam vindictã malũ, iam illatũ, propulſare debeat. Quod verò ſubiicitur: quiſquis impegerit alapã in dextrã tuam maxillã, offerto illi & alteram, ſciendũ eſt hoc cõparate dici, nõ abſolutè. Etenim, ſi ſtrictè hìc literã ſeruatã velis: Chriſtus ipſe in reprehenſionẽ veniet, ꝙ percuſſus à ſeruo ſacerdotis nõ præbuit maxillã alterã, ſed dixit ſi malè locut⁹ ſum, teſtificare de malo, ſi bene, cur me cædis? Proinde huc redit ſermo Chriſti, ꝙ homo Chriſtianus potius ferre debeat, vt in ſe cõduplicetur iniuria, quã vt malum malo repẽdat: itaq; citius illũ debere eſſe paratũ ad alterã alapam patienter excipiẽdam, quã ad priorẽ illã priuatim vindicandam. Ægyd. Hunn. in *comm. ad Matth. c. 5.*

Eadem ſententia eſt dicti illius *Rom. 12.* Nec reſiſtunt verba ſequentia (non voſmetipſos defendentes) ſiquidem verbum græcum ἐκδικοῦντες rectius Eraſmus & alii reddũt, vindicantes; id quod etiam arguunt verba proximè ſequentia: ſcriptum eſt enim *mihi vindicta & ego retribuam, dicit Dominus*; vt proinde non defenſio, ſed vindicta ſaltem eo etiam in loco prohibeatur. Quod idem in cæteris quoq; locis adductis animaduertere licet. Ea deniq; ſententia eſt D. Hieronymi *in d. cap. noſtrum.* Vid. Petr. Martyr. *in loc. com.*

Res ſuas cuiquam ab inuaſoribus licitum eſſe defendere, videtur extra controuerſiã poſitum eſſe, eaq; de re Dioclet. & Maxim. in *l. 1. C. vnde vi.* hęc verba reſcribunt. *Rectè poſſidenti ad defendendam poſſeſſionem, quam ſine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulſare licet.* Illud verò non perinde expeditum eſt, vtrum pro reb. tuendis æquè, vt pro tuendo corpore inuaſores non tantum repellere, ſed etiã occidere liceat? Qua in quæſtione Accurſius, eumq; magno numero ſecuti Interpp. affirmatiuam tenuerunt, moti ſeqq. argumentis. *Quæ. 13. An pro defenſione rerum liceat aduerſariũ occidere?*

1. Quod in *l. 3 §. cum igitur ff. de vi & vi armata.* ICtus apertè teſtetur, quod is, qui armis venit ad res inuadendas ac diripiẽdas, poſſit quoq; armis repelli.

2. Et quod ad defendendam poſſeſſionem liceat vim illatã propulſare inculpatæ tutelæ moderatione, reſpondeant expreſſe Dioclet. & Maxim. in *d. l. 1. C vnde vi.* Iam verò inculpatæ tutelæ moderatio in eo conſiſtit, vt quibuscunq; modis ſe atq; ſua quis defendat, etiam cum aduerſarii nece, cum aliter ſe defendere non poteſt *l. 45. §. 4. ff. ad L. Aquil.*

3. Item quod lex 12. tab. permittat furem nocturnum occidere *l. 4. ff. ad L. Aquil.* Vnde cõcludendum videtur, pro ſolis rebus defendendis homicidium eſſe impunitũ. Et ſanè cum in illo textu, fur diurnus opponatur nocturno, vti innuit particula aduerſatiua (*autẽ*) conſequens eſt, vt quia fur diurnus occidi poteſt, tum demũ cum ſe telo defẽdit ac perſonæ vim facit, vt fur nocturnus ob ſolam vim, rebus illatam, poſſit occidi.

4. Quod populatores agrorũ permiſſũ ſit occidere *l. 1. C. quando liceat vnicuiq; &c.* vbi Impp. Valent. Theod. & Arcad. grauiſſime in hunc modũ reſcribunt: *Liberã reſiſtendi cunctis tribuimus facultatẽ, vt quicunq; militũ vel priuatorũ ad agros nocturnus populator intrauerit, aut itinera frequentia inſidiis aggreſſionis obſederit, permiſſa cuiq; licentia digno illico ſupplicio ſubiugetur, ac mortem quam minabatur, excipiat; & id quod intẽdebat, incurrat. Melius enim eſt occurrere in tempore, quã poſt exitum vindicare. Veſtram igitur vobis permittimus vltionem, & quod ſerum eſt punire iudicio, ſubiugamus edicto: vt nullus parcat militi, cui obuiare telo oporteat vt latroni.*

5. Quod conſtitutione nouiſſima Imperii, Carol. V. *ar. 150* §. Itẽ *ſo einer.* Homicidium pro-

Digitized by Google

um propter defenſionem alienorum bonorum cõmiſſum excuſetur, nullâ prorſus adhibitâ diſtinctione: vtrum perſona quæ alienorum bonorum defenſionem ſuſcepit in vitæ diſcrimine conſtituta, nec ne fuerit.

6. Quod in *c. 2. extr. de homicidio.* Põtifex conſtituat, vt ſi quis furem aut latronem, ſine odii meditatione ſe ſuaq; liberãdo interfecerit, ſi aliquid ieiunare voluerit, bonum ſit ipſi: & eleemoſynam largiter faciat: ſi presbyter eadẽ fecerit non deponatur: tamen, quamdiu viuit, pœnitentiam agat.

7. Quod idem quoq, ſuadeat ratio euidens; ꝙ nempe bona & res ſint alter ſanguis & vita hominũ, aut certè media ad vitam degendã neceſſaria, iuxta *Cic. illud 1. off.* Expetuntur diuitiæ ad vitæ vſus neceſſarios, vt propterea videãtur paria eſſe, inſidiari vitę & inſidiari bonis. Ac conſequẽter, ſicut permiſſum eſt vitam tueri cum nece quoq; aduerſarii, ita etiam bona.

8. Deniq; quod lex diuina ſit *Exod. 22. v. 2. Si effringens fur domũ, ſiue ſuffodiens fuerit inuentus, & accepto vulnere mortuus fuerit, percuſſor non erit reus ſanguinis.*

Veruntamen huic communi Interpp. opinioni contradicunt non poſtremi nominis ICti, quos & ipſos ſequitur Autor noſter, vt firmiorib. rationibus ſubnixos.

Primò enim quotcunq; in locis cædes ob defenſionem facta probatur, animaduertere licet, ibi de hominum defenſione non de rerum tuitione tractari.

2. Et ſanè nullibi, in toto iure noſtro, cautũ inuenitur, ꝙ pro rerum defenſione liceat aduerſarium occidere: id quod clarius euadet, vbi paulò poſt ad contraria reſponderimus.

3. Quin potius ꝙ ob rerum defenſionẽ licitum non ſit homicidiũ, ex locis haud obſcuris colligere eſt promptũ: nam in *L. ſi ex plagis 52. §. 1. ff. ad L. Aquil.* proponitur aliquem tabernario lucernã, ſupra lapidẽ poſitam, abſtuliſſe, ſuper eaq; re, orta rixã, tabernarium alteri oculũ effodiſſe, & reſpõdit ICtus Alfenus, ſi tabernarius à fure nõ prior vapulaſſet, ſed cum ei lucernã eripere vellet, rixatus eſſet, tabernarii culpam eſſe. Vnde ſequitur in caſu propoſito tabernarium pro defenſione ſuæ lucernæ non iure oculum furi effodiſſe.

4. Sic etiam cum in *l. furem 9. ff. ad L. Cornel. de ſicar.* Vlpianus reſpondet, furem nocturnum ita demum impunè occidi poſſe, ſi occiſor parcere ipſi ſine ſuo periculo non potuerit: ſatis manifeſtè apparet, quamdiu quis in periculo vitæ cõſtitutus nõ eſt, nec corpori vis infertur, aut imminet, non eſſe licitum pro rerum ſuarum defenſione furem nocturnũ interimere.

5. Et de iure canonico videtur res hæc expeditiſſima propter textus clariſſimos in *cap. 3. & c. 10. extra de homicidio.*

Nec obſtant ea, quæ pro contraria opinione ſupra fuerunt adducta.

Ad primum enim & ſecundũ reſpondetur, in ll. ibi citatis, non permittitur homicidium defendenti poſſeſſionem propriam; ſed ei lex tantum concedit repellere aduerſarium & vim propulſare.

Nec ad rem facit, quod in *d. l. 1.* addit de moderamine inculpatæ tutelæ: Reſp. Cũ enim de rerum defenſione agitur, moderamen illud in eo conſiſtit, vt non liceat aliter inuaſorẽ occidere, quã ſi & vitæ periculum immineat, ac corpori vis inferatur. Non autem in eo eſt poſitũ, vt ſi aliter bona ſua ac ſe poſſit defendere, licitũ ſit aduerſarium trucidare: hoc enim vt locum habeat in moderamine tutelæ perſonarũ, non certè obtinet in tutela rerum, vt ſatis ſuperq; euincunt ea, quæ pro noſtra ſententia attulimus.

Quin etiam textus *l. 3. §. eum igitur* accipi poteſt de eo caſu, vbi poſſeſſor in diſcrimen vitæ & periculũ venerat defendendo ſuam poſſeſſionẽ, à qua ipſum deiicere armis aduerſarius eius conabatur: & hoc ipſum vis illorũ verborũ legis & ſignificatio haud obſcurè oſtendunt, quib. dicitur: qui cum

qui cum armis ad nos venit,eũ armis poſſumus repellere. Hoc autẽ caſu,quo poſſeſſor non in periculum ſolum rerum,ſed corporis etiã atq; vitæ adducitur, ipſimet ſtatuimus,licitam eſſe defenſionem cum aduerſarii internecione, ex *l. vt vim 3. ff. de iuſtit. & iur.* Zoannett. *dict. part. 1. num. 40. & 41.*

Ad tertium reſpondetur in *L. itaq; 4. §. 1.* recitari nudam &, vt ita dixerim rudem legis 12. tab. ſic explicari alibi in *l. furem ff. ad Legem Cornel. de ſicar.* vt ſcilicet ita demum furem nocturnum impune quis poſſit occidere, ſi parcere ei abſque ſuo periculo non queat,non aliàs. Neque hac admiſsâ explicatione conuellitur oppoſitio furis diurni,& nocturni, quæ fit in eadem *l. 4.* ſiquidem furem nocturnum occidere licet,quia & rerum & vitæ principaliter vim facturus cenſetur. Non enim conſtat,an hic ad furandum, an verò ad occidendum venerit *cap. ſi perfodiens 3. extr. de homicidio.* Hoc autem in dubio ſemper videtur præſumendum, quia Dominus, propter inſidioſam nocturni furis violentiam, iuſte ſemper metuere poteſt, ne furi ſine periculo ſuo parcere poſſit.

Furem autem diurnum non licet occidere aliter, quam ſi comprehenſus, telo ſe defendat; quandoquidem de illo non perinde vt de fure nocturno præſumitur quod venerit ad occidendum; cum, exorto ſole, facile diſcerni poſſit, an hic ad furandum, an verò ad occidendum *dicto cap. ſi perfodiens.* Vt enim nocturnum tempus patrandæ cædi opportunum, ita econtra tempus diurnum eſt incommodum. Hunc igitur diurnum furem occidere permiſſum,qui vitæ meæ principaliter & recta non venerat aut veniſſe præſumebatur inſidiaturus, ſed violenti mihi eum comprehendere, reſiſtebat armis.

Atque hoc eodem modo locus *Exod. 22. verſ. 2.* qui vltimo loco ſupra adducebatur,explicatur ab Auguſtino in *dict. cap. ſi perfodiens 3. extr. de homicid.* vbi in hæc verba ſcribit: *Si perfodiens inuentus fuerit fur, & percuſſus mortuus fuerit, non eſt illi homicidium imputandum. Si autem oriatur ſol ſuper eum, reus erit. Intelligitur ergo non pertinere ad eum homicidium, ſi fur nocturnus occidatur; ſi autem diurnus fuerit ad homicidium pertinere. Hoc eſt enim quod ait: Si oriatur ſol ſuper eum, &c. quia poterat diſcernere, quod ad furandum, non ad occidendum veniſſet; & ideò non debet occidi. Hoc enim in antiquis legibus ſecularibus (quibus iſta eſt antiquior) inuenitur, impunè ſcilicet occidi nocturnum furem quoquo modo: diurnum autem ſi ſe telo defenderit; iure enim plus eſt, quàm fur.*

Ad quartum reſpondetur *dict. l. 1. C. quando liceat vnicuique &c.* loqui in ſingulari caſu, nempe de nocturnis populatoribus agrorum deque obſeſſoribus viarum, & in horum odium concedere, vt quilibet hos digno ſupplicio afficere poſſit,vt inquã,quilibet hos caperet& interficere poſſit. Quoniam enim aliis mortem minantur, meritò hanc incurrunt, quam aliis intendunt, quia melius eſt tempeſtiuè ipſis occurrere, quàm expectare, donec alios opprimant. Vnde Tertullianus in Apologet. *In nos maieſtatis,* ait, *& publicos hoſtes, quilibet homo miles eſt.* Obrecht. *de nec. defenſ. cap. 8. num 24. & ſeqq.* Reſponderi etiam poteſt, illam *L. 1.* loqui de illo caſu, quo non tantum rebus, ſed etiam perſonæ periculum infertur ac imminet, vti colligitur ex verbis illis *ac mortem, quam minabatur excipiat.* Zoannett. *in d. part. 1. nu. 43.*

Ad quintum reſpondet Harpr. in *tractat. crimin. ad § 5. Inſt. de publ. iud. num. 178.* in ill'a Carolina conſtitutione moderamen inculpatæ tutelæ ſubindicandum eſſe, quod videlicet propter rerum defenſionem trucidare aduerſarium aliter non liceat, quam ſi quis abſq; vitæ vel corporis periculo parcere ei non poſſit.

Digitized by Google

Ad ſextum reſpondet poſt veteres noviſſimè Obrecht.*in d.c.8.n.36.* Illud *capit.2. extra de homicidio.* accipiendum de eo caſu quo cum vi, bonis illata, coniuncta eſt vis corporis & vitæ: idq; colligit ex verbis illis *Te tuaq; liberando*, quæ copulatiue non diſiunctiue ſint intelligenda.

Non obſtante eo, quod Decius & alii nonnulli obiiciũt, quod nempe, ea interpretatione receptâ, ſequeretur ex hoc eodem *cap.2* ꝙ ob ſolã vitę defenſionem nõ liceat occidere, niſi ſimul cũ vita bona defendantur. Etſi n. verum ſit, illa verba *te tuaq; liberando in d.ca.2.verſ.Si autem.* copulatiue eſſe accipienda: cum de eo caſu ibidem agatur, quo quis ob rerũ defenſionem in periculum vitæ fuit coniectus: nõ tamẽ idcirco rectè inferri poteſt: nunquã ob ſolã vitę defenſionẽ cędem fieri poſſe, niſi ſimul & res defendendæ ſint: quia contrarium non ſolum iure naturali, gentium & ciuili; ſed etiam aliis in locis iure canonico eſt cõſtitutum, vti ſupra fuit dilucidè probatum. Obrecht.*d cap.8.*

Deniq; ad ſeptimum reſpondetur: Id quod dicitur patrimoniũ & bona eſſe hominis vitam, verum eſſe eatenus, quatenus homo ex illis ſuſtinetur *l. in pecudum ff. de vſur.* Aliàs verò longe inter ſe hæc invicem differre: defendere corpus & defendere bona: qui enim corpus ſuum tuetur, propriam ſalutem & ſanguinem directò & immediatè defendit: qui v. bona, ſiue patrimonium tuetur, proprium corpus vel ſalutem per conſequentiã & mediatè defendit. Proinde cum termini ſint inæquales, à defenſione perſonæ ad defenſionem rerũ non procedit argumentatio. Zoannett.*d part 1.nu.41.& ſeq.* Præterea etiam idcircò argumentatio hæc à vita & corpore ad bona non procedit, quia hoc loco diſpar horũ eſt ratio. Nam vita hominis niſi in continenti defendatur, ſemel amiſſa recuperari nequit: at res ablatæ actionibus & interdictis repeti poſſunt. Et vt res noſtræ via iuris recuperari nequeant, quod forſan fur comprehendi non poſſit, aut in eo loco conſtitutus ſit, vt Dominus res ſuas repetere & recuperare nequeat: tamẽ cum homo ſit creatura nobiliſſima, & precioſiſſimo ſanguine Chriſti redempta, res autẽ quãtumvis precioſiſſimę, ſint bona caduca, & reſpectu hominum, viliſſima: nec per ſe, ſed hominum gratiâ comparata *l. in pecudum ff. de vſur.* nulla idcirco erit proportio inter bona ablata & hominis vitam: ac per conſequens ſola rerum iactura neminem commouere debet, vt aliquem interficiat. Obrecht.*d c.8 n.8.*

Quæ.24 *Vtrũ perſonas neceſſarias aliquis teneatur aduerſus inuaſorẽ defendere, etiam cum nece adverſarii ſi aliter non poßit illas perſonas defendere?*

Quod ait Florentinus in *d.l.3.de iuſt. & iur.* Quod quiſq; ob tutelam corporis ſui fecerit iure feciſſe exiſtimari, hoc occaſionem præbet diſquirendi, vtrum igitur etiam aliarum perſonarum vitam & corpus licitum ſit ab inuaſoribus tueri? Et quidẽ Interpp. noſtri varie ad hanc quæſtionem reſpondent: quidam enim exiſtimant: diſtinguendum eſſe inter perſonas neceſſarias & extraneas: vt illas quidem licitũ ſit defendere: has vero non item. Alii putant perſonas neceſſarias non ſolum permiſſum eſſe defendere, ſed ad earũ defenſionem quemq; obligari. Alii indiſtinctè putant quaſcunque perſonas licitum eſſe defendere, ſed abſq; nece aduerſarii. Alii verò exiſtimant nõ modo permiſſum, ſed etiam neceſſariũ eſſe oẽs indiſtinctè perſonas defendere, etiam cum inuaſoris internecione, ſiquidẽ aliter non poſſit invaſus defendi. Et hæc ſententia omniũ videtur optima, & veriſſima, iuriq; non tantũ ciuili, ſed etiam canonico & diuino per omnia conſentanea. Quã etſi hoc loco autor noſter nõ attingat, ſed in ſpecie de neceſſariis perſonis proponat: tamẽ cum, vt diximus, eadẽ ſit omnium perſonarũ ratio ſiue extraneæ ſint ſiue neceſſariæ, hãc ſententiã ita indiſtinctè in præſentia defendemus. Eo tamen ordine obſeruato, quem hactenus ſecuti ſumus, vt prius diſſentientium argumenta proponamus.

Primò.

1. Primo igitur, quod non ſolum non neceſſarium ſit defendere; ſed etiam prohibitum, confirmant hac ratione. *Si pro eo, inquiunt, quod quis facere tenetur pecuniam accipit, vt id faciat, turpiter accipit & acceptam pecuniam debet l. fin. C. de condic. ob turp. cauſam.* Sed pro iuuando alium ſi quis pecuniam accipit, neque reſtituere cogitur *l. ſi pater §. ſi quis aliquem ff. de donat. l. metum. §. ſed licet ff. quod met. cauſa.* Igitur alius alium iuuare non tenetur.

2. Mouentur etiam maxime eo, quod nullo iure permiſſum ſit ita extraneũ defendere, vt inuaſor interimi queat; ſed potius in omnibus ll. in quibus ob defenſionem cædes aduerſarii permittitur, tm̃ de proprii corporis propriæq; vitæ tutela agitur, non etiam de defenſione aliorum. Vnde *in l. 3. ff. de iuſt. & iur.* ait Florentinus: *quod quique ob tutelam corporis ſui fecerit iure feciſſe exiſtimatur.* Et *in l. 3. C. ad l. Cornel. de ſicar.* Defenſor ait, proprie ſalutis in nullo peccaſſe videtur. Itemq; Iuriſconſultus *in l. 4. ff. ad L. Aquil. Nam aduerſus periculum* inquit, *naturalis ratio permittit ſe defendere.* Et *in Clementin. vnic. de homicidio* ait Clemens Pontifex: *Si furioſus aut infans ſeu dormiens, hominem mutilet, vel occidat, nullam ex eo irregularitatem incurrit: Et idem de illo cenſemus, qui mortem aliter vitare non valens ſuum occidit, vel mutilat inuaſorem.* Quapropter his argumentis omnino dicendum videtur neminem poſſe, nedum teneri, alium defendere.

Veruntamen, vt dixi, verior eſt contraria opinio.

1. Etenim quiſque tenetur id alteri præſtare, quod ſibi non nocet & alii prodeſt *l. in ſumma §. quanquam tamen ff. de aqua pluu. arcenda l. in furto ff. de Rer. vindicat. l. reſcript. C. de precib. Imp. off. l. 2. in prin. ff. ſolut. matrim. l. 6. ff. de appel.* Atqui prodeſt alii, inuaſo ſcilicet, vt defendatur, nec nocet defendendi, ſed maxime prodeſt. Ergo quiſque tenetur alium defendere.

2. Deinde hominis intereſt hominem beneficio afficere *l. ſi ſeruus ea lege ff. de ſeru. export. l. 2. §. iuris ſui ibi officii cauſa. ff. de interdict.* Atqui maximo beneficio afficitur, qui ab alio defenditur.

3. Accedit egregium Moyſis factum defendentis Hebræum cum Ægypti internecione *Exod. 2. v. 11.* quod cum à ſpiritu S. prędicetur *Act. 7. v. 14.* omnino ad imitationem trahendum eſt.

Reſp. Et quamuis reſponderi ſoleat, factum illud Moyſis fuiſſe ſingulare & Heroicum, & ob id ad imitationem nequaquã trahẽdum *l. quod contra ff. de R. iur.*

Tamen eiuſmodi ſingularitas in eo facto nondum eſt demonſtrata, & factum hoc Moyſis laudibile nobis imitandum proponitur, diuo Ambroſio teſte *c. non in inferenda cauſa 23. quæſt. 3.*

4. Et ſane quiſque tenetur, proximũ ſuum, in vitæ periculo cõſtitutum defendere in quantum poteſt: vnde D. Ambroſius: *Qui non repellit à ſocio iniuriam,* inquit, *ſi poteſt; tam eſt in vitio, quam ille qui facit d. cap. non inferenda 7.* Et *in cap. ſeq 8. Qui poteſt obuiare & perturbare peruerſos & non facit; nihil aliud eſt, quam fauere illorum impietati. Nec enim caret ſcrupulo ſocietatis occultæ, qui manifeſto facinori deſinit obuiare.* Inde etiam Salomon *prou 24 verſ. 11. Erue*, ait, *eos, qui ducuntur ad mortem: & qui trahuntur ad interitum liberare ne ceſſes.* Et Cic. *lib. 1. de offic.* exiſtimat tales, qui alios non defendunt, nec obſiſtunt, ſi poſſunt, iniuriæ aliis inferendæ; tam eſſe in vitio, quam ſi parentes aut amicos aut patriam deſerant. Quare ſi quis non poteſt proximum ſuum, in vitæ diſcrimine conſtitutum, aliter defendere; quam cum nece aduerſarii iure facit, ſi inuaſorẽ interimit.

5. Inſuper præceptum Dei eſt: *diliges proximum tuum ſicut teipſum*: cui conſequens eſt, vt ſicut temetipſum teneris defendere, aduerſarium etiã occidendo, ita quoq; tenearis proximũ & confratrem tuũ aduerſus inuaſoris violentiam tueri.

6. Adhæc Vlpianus ICtus *in l. 2. & 3 ff. de no-*

de nox act. conſtituit, vt ſi ſeruus, Domino ſciente, & prohibere nolente, occiderit, ipſe Dominus occidiſſe intelligatur.

7. Eodemq; pertinet, ꝙ Paulus ait *in l. 50. ff. de R. I.* Culpa caret, qui ſcit, ſed prohibere nō pōt *& in l. 109 ff. eod.* Nullū crimē patitur, qui non ꝓhibet, cū ꝓhibere non pōt. Vnde colligitur, argumēto à cōtrario ſenſu ducto ꝙ qui ꝓhibere pōt, & damnū auertere, nec auertit, culpæ reū eſſe, & crimen incurrere.

Ex hiſce igitur omnib. manifeſtū euadit, verum eſſe, quod ſub initium huius quæſtionis propoſuimus, vnumquemq; teneri alij, quantumvis extraneo, in periculo vitæ conſtituto, ſuccurrere, ſi modo hoc poſſit abſq; ꝓpriæ vitæ periculo facere.

Non obſtant q̄ in contrariū ſupra fuerūt adducta. Nā ꝙ ad primū R., ꝙ in citatis textib. dicitur, licere cuipiam ab alio pecuniam accipere in hunc finem, vt ipſum aduerſus vim hoſtium tueatur, id locum habere tūc, cum quis alteri operam defenſionis ad dies vitæ, vel ad tempus certū locat, ꝙ abſque turpitudine priuato ēt homini permiſſum eſt. At v. ꝑſens noſtra quæſtio eiuſmodi caſum reſpicit, qn̄ quis fortuito incidit in hominē, cuius vitę ſalus pclitatur. Pariter nō refragatur ſecundū arg. ſiquidē vnius incluſio nō eſt ꝓtinus alterius excluſio: proinde licet in pleriſq; ll. in quib. de defēſione agitur, ſermo ſit de ꝓprij corporis tutela: nō tñ inde ſequitur, ꝙ alios defendere pariter nō liceat: cū ꝑtertim & rationes & tex. iuris in prōptu ſint, qb. adeo ꝑſpicue ꝓbat, ꝓ aliorū defēſione ꝑmiſſū eſſe aduerſariū necare.

Qu. 25. Ardua eſt ac per quā difficilis quæſtio, qua ratione is, qui alterū ſui defēſionis cauſa ſe interfeciſſe ꝓtendit, id ꝓbare debeat? Et quidē ad ꝓbandā legitimā & neceſſariā defenſionē requiritur, vt duo demonſtret, qui eā pro ſe in iudicio allegat. 1. vim ſibi ab altero illatā eſſe, id ꝙ hiſce modis oſtēdere poteſt: 1. Si probet ſe ab occiſo fuiſſe inſultatum, vel occiſum ſe inuaſiſſe 2. aut ſi probet occiſum ſe preparaſſe ad vim faciendā: cum & imminens vis recte propulſetur. *l. 3. C. ad l. Corn de ſic.* 3. aut ſi oſtendat illū, qui à ſe interfectus eſt in inſidiis eo animo fuiſſe vt ſe interficeret. Secūdo vi probata tenetur amplius ꝓbare homicidiū ad ſui defenſionem factū eſſe: ꝙ qm̄ fieri debeat, eſt, vt dixi, admodū controuerſum. Etenim ſunt, qui exiſtimāt non ſufficere, vt reus ſimpliciter defenſionē probet; ſed omnino requiri vt oſtendat defenſionē fuiſſe neceſſariā: eo ꝙ ad defenſionē legitimam requiratur, vt qui vim repulit aduerſariū vulnerando, vel occidendo, aliter ſe tueri nō potuerit *l. 45. ff. ad l. Aq § iniuria 4. Inſt. eod.* item vt in dubio vitæ diſcrimine fuerit conſtitutus *l. 2. C. ad l. Corn. de ſic.* Item vt aliter non potuerit euadere, q̄ aduerſarium ſuū occidendo vel mutilando *Clem. vni. de homi* Accedit ꝙ neceſſitatē alleganti incumbat onus ꝓbandi *l. fidei cōmiſſa § ſi rem ff. de leg. 3.* Igitur non ſufficiat reo, probaſſe defenſionē; ſed opus habeat ēt neceſſitatē illius defenſionis ꝓbare. Adhæc cū homicidiū patratur, prȩſumptio mala contra homicidā protinus exoritur *l. 1. C. ad l. Cor de ſic l ſi non conuicii C. de iniur. cap. 1. § ſi quis hominē de pac. ten.* Idcirco ꝓbationes tanto magis perſpicuæ pro occiſore contra natā ꝑſumptionem deſiderantur *l. fin. in pr. ff de eo quod met. cau* Denique quia probatio debet neceſſario id cōtinere, ꝙ quæritur *l. non hoc C. vnde legitimi. l. neq; natales C. de prob.* At defēſio eſt duplex altera legitima & moderata, altera iniuſta & abſq; moderamine *l. 1 C. vnde vi.* Et ſolū in ea ꝓbatione recipitur defenſio moderata. Proinde ſi ꝓbet aliquis ſimpliciter, defenſionis gratia ſe homicidium cōmiſiſſe, nō propterea docet, vt oportet, ſe ob iuſtam defenſionem occidiſſe. Ex his igitur ſequitur, Reū defenſionem legitimā ſeu moderamē inculpatæ tutelę pro ſe allegantem teneri, vt probet non ſimpliciter defēſionem, ſed neceſſariā defenſionē.

Quomodo probāda ſit defenſio neceſſaria?

Alij tñ contrarium tenuerunt, & ſufficere vt reus ſimpliciter defenſionē ꝓbarit, ea ratione cōtēderūt, ꝙ ſcriptū ſit *in l. 3. ff de iu. & iur. Quod quiſq; ob tutelā corporu ſui fecerit, iure feciſſe exiſtimari:* cui omnino cōſequens videtur, ſufficere ad legitimā defēſionē ꝓbādā, ſimpliciter demōſtratū eſt, reū adu-

ſus

Digitized by Google

ſũs vim&inſultũ aduerſarii ſe defẽdiſſe. Frãciſcus Zoãnet. *in part. 2. nu. 39.* putat ad ꝓbãdã legitimã & neceſſariã defẽſionẽ, requiri, illudq́; ſufficere, vt ꝓbet reꝰ, aduerſariũ infeſtis armis irruiſſe in reum, adeoque illum defenſionis gratia protinus interemptum.

In hac Dd. concertatione, putamus hoc modo ſtatuendũ eſſe: vt ſi quidem ſecundę opinionis autores defenſionẽ intelligant, non quamcunq; ſed legitimã, & cũ cõpetenti moderamine coniunctã vis illatę propulſationẽ, tum vtraq; opinio prima & ſecũda in effectu cõueniant: ſiquidẽ legitima ac moderata defenſio eadẽ eſt q̃ neceſſaria, vt qui illã ꝓbarit, & hãc ꝓbaſſe intelligatur. Et ſane defenſio, ſi proprie loqui volumus, nõ eſt defenſio niſi ſit neceſſaria, niſi legitima & moderata alioquin ſtatim in vindictã degenerat. Cęterũ, ſi illi Autores intelligãt, quãcunq; vis illatæ ꝓpulſationẽ, ẽt quæ intra terminos iuſti moderaminis nõ cõtineatur, ita vt hanc ꝓbaſſe ſufficiat, tũc procul dubio illorũ ſentẽtia falſa eſt, abſurda & erronea, & prioris opinionis argumentis valide ſolideq; confutata & euerſa. Nec quicquã iuuatur *d. l. 3.* ſiquidẽ ibi Florẽtinus per tutelam intelligit non quãuis tuitionem & vis illatę propulſationem, ſed iuſtam neceſſariam & moderatam *d. l. 45. ff. ad l. Aquil. l. 1. C. vnde vi.*

Quod autem ad Zoannetti opinionem, exiſtimatum etſi quis demonſtrarit, aduerſarium infeſtis armis in ſe irruiſſe, illumq; protinus interemptum, non tamen ſufficienter probatã eſſe neceſſariã defenſionẽ niſi ẽt ꝓbarit, ſe aliter nõ potuiſſe aduerſus vim & impetũ inuaſoris ſemet tueri: quoniam vt alias quis aduerſarium ſuũ infeſtis armis in ſe irruentem, defenſionis cauſa occiderit, aut vulnerarit, tamen ſi aliter potuit ſe ab eo defendere quam occidendo aut vulnerando ipſum non intelligitur moderamen inculpatæ tutelæ obſeruaſſe. *l. 45. ff. ad l. Aquil. §. 4. Inſt. eod.*

Qu. 26. Quanam pœna ſit afficiendus, qui moderamen inculpatæ tutelæ excedit.?

In hac quæſtione diſtinguendũ eſt, vtrũ aliquis calore iracũdiæ ac iuſto dolore, moderamẽ inculpatę tutelę excedẽs alterũ aduerſariũ ſuũ occiderit? An vero dolo malo ex ꝓpoſito, data opera & callide. Et priori quidem caſu ex omnium Dd. ſententia ordinaria pœna l. Corneliæ de ſicariis non punitur; tũ ꝙ pœnæ illi ordinariæ l. Corneliæ locus non ſit, niſi dolo malo homicidiũ fuerit commiſſũ: tũ etiam quod ignoſcendum ſit illi qui prouocatus, voluerit ſe vlciſci *l qui cum nat. §. ſi libertus. ff. de bonis liber.*

At vero poſteriori caſu, cum ſc. quis dolo malo & ex ꝓpoſito exceſſit modũ defẽſionis, quanã pœna afficiedꝰ ſit (in vtrãq; partẽ acerrime diſputatur à iuris noſtri Interpp.

Et quidẽ Fachin. & quos ille allegat, quiq; illum ſequuntur, ẽt hoc caſu putant homicidam ab ordinaria pœna abſoluendum.

Quia iuſto dolore moueatur ad occidendũ qui ꝓuocatus fuerit ab aggreſſore: quãobrem ſi hic ſibi nõ tẽperauerit, puniẽdus quidẽ ſit, at mitius 1. per *l. adulteriũ §. Imper. ff. de adult.* vbi ICtus ait *Imperator Marcus Antoninus & Cõmodus filius reſcripſerũt: ſi maritus vxorẽ in adulterio deprehenſã impetu tractus doloris interfecerit; nõ vtiq; legis Corneliæ de ſicariis pœnã excipiet: nã & diuꝰ pius in hac verba reſcripſit Apollonio: & qui vxorem ſuã in adulterio deprehẽſam occidiſſe ſe nõ negat, vltimũ ſuppliciũ remitti põt: cũ ſit difficilimũ iuſtũ dolorẽ tẽperare. Et qa plꝰ fecerit, quã qa ſe vindicare nõ debuerit, puniẽdus erit. Sufficiet igitur, ſi humilis loci ſit in opus perpetuũ eũ tradi, ſi q honeſtior in inſulã relegari.* Ex quib. verbis ſatis perſpicue colligitur, eum, qui modum defenſionis iniuriæq; illatæ propulſationis exceſſerit, non ordinaria, ſed mitiori pœna, afficiendũ eſſe.

2. Atq; huc ptinere quoq; videtur, ꝙ Alexãder Imper. ſcribit *in l. 4. C. ad l. Iul. de adult. Gracchus,* inquit, *quẽ Numerius in adulterio, noctu deprehenſũ interfecit; ſi eius cõditionis fuit vt per l. Iuliã impune occidi potuerit; quod legitime factũ eſt, nullã pœnã meretur, ideq; filiis eius q patri paruerũt, præſtãdũ eſt. Sed ſi legis auctoritate ceſſãte, incõſulto dolore adulterũ interemit: quãuis homicidiũ perpetratũ ſit: tamẽ qa & nox & dolor iuſtus factũ eiꝰ releuẽt, põt in exiliũ dari.*

3. Idẽ ꝙ *in l. 1. §. fin. ff. ad leg. Corn. de ſic.* & *l. q cũ nat. §. ſi libert. ff. de bon. liber.* aiũt ICti: Ignoſcẽdũ ẽe ei, qui voluerit ſe vlciſci ꝓuocatus.

Cæterum verior eſt, ac firmiorib. præſidiis munita contraria opinio, quod nempe qui aduerſarium occidit, aut vulnerat, dolo

malo

malo ac conſulto moderamẽ inculpatæ tutelæ excedẽs, ordinaria pœna ſit plectẽdus.

1. Etenim competit Domino ius ſeruum moderate caſtigandi atq; coercẽdi: at modum hũc caſtigationis ſi Dominus cõſulto doloq; malo exceſſerit ſeruumq; ex propoſito occiderit, homicidii reus erit, pęnaque ordinaria L. Corneliæ de ſicar. punietur, prout expreſſe ſancitum eſt à Conſtantino *in l.vnic.C.de emend.ſeru* pari itaq; ratione ſi inuaſus, cui cõpetit ius moderate ſe defendendi, volens & dolo malo moderamen exceſſerit, ordinariam ſuſtinebit pœnam.

2. Probatur eadẽ ſententia non obſcure *ex l.1.§ diuus v Sed etſi claui ff.ad l.Cornel.de ſic.* ibi aliquis percuſſit aduerſariũ ſuum in rixa & ſic ad defenſionẽ ẽt, cum generaliter loquatur ICtus, ex qua percuſſione obiit vulneratus. Reſpondet ICtus; quoniã ex iure inſtrumenti conſtat, percuſſionẽ non fuiſſe illatã animo occidendi; ſed caſu magis, quã voluntate, homicidiũ admiſſum, leuandã eſſe pcuſſoris pœnã. Vnde ſeqtur, vt ſi dolo malo, h.e. animo occidẽdi in rixa, inſtrumẽto ẽt ad nocẽdum non vſq; adeo acri pcuſſiſſet, pęna L. Cornelię ipſi irrogari debeat.

3. Eodẽq; vel imprimis facit *l.ſi ex plagis §. tabernarius v. niſi data ff. ad l.Aquil.* vbi tabernarius, qui flagello prior vapularit à iure ſi modũ exceſſit defendendo ſe in illa rixa, nõ intelligitur damnũ iniuria dediſſe, ac ne tenetur quidem L. aquila de exceſſu: niſi data opera effodiſſe oculum furi, & ſic exceſſiſſe modum inculpatæ tutelæ probetur.

4. Adde quod vbicunq; homicidiũ commiſſum eſt animo occidendi doloq; malo, ibi locũ habeat ordinaria pœna l. Corneliæ *l.1.§ 3.& l 7.ff.ad l. Corn. de ſic.* Atqui in ꝓpoſito homicidiũ cõmiſſum eſt, & quidẽ conſulto & ex ꝓpoſito, doloq; malo. Igitur locũ ſibi vindicat ordinaria pœna l. Cornelia.

Non obſtat ꝙ reſpondet Fachin. in loco ab Autore allegato: non ſufficere dolũ malum & animũ occidendi, vt locus ſit pœnæ l. Corneliæ, vbi quis prouocatus & iuſto dolore motus fuerit ad occidendum *d.l.1 §. fin ff.ad l. Cornel.de ſicar.*

Reſp. Siquidem & nos exiſtimamus vbi quis doloſe fuerit permotus ad occidendũ atq; ex mero dolore, non ẽt ex dolo & maligno ꝓpoſito, moderamen inculpatę tutelæ exceſſerit, abſoluẽdum eſſe ab ordinaria pœna; interim non arbitramur homicidam ab ordinaria l. Corneliæ pœna abſolui debere, ſi initio fuerit iuſto dolore ad ſe defẽdendum adductus; poſtea vero dolo malo occiderit inuaſorẽ, vt quẽ ad interficiendũ nulla coegerit neceſſitas, ac ſine cæde aduerſarii ſaluus periculũ effugere potuerit.

Quibus ita ponderatis non aduerſatur quicquam Fachinæi cæterorumque diſſentientium fundamentum.

Etenim qui ex propoſito ac dolo malo moderatã tutelam exceſſit (de quo in pſentia loquimur) non poteſt dici iuſto dolore motus ad occidendũ aut vulnerandũ; & licet initio ex iuſto dolore ad ſui defenſionẽ & vis ac iniuriæ illatæ ꝓpulſationẽ, acceſſerit: tñ cum poſtea ex ꝓpoſito & callide moderamen excedit, non excuſatur ab ordinaria pœna, eo ꝙ initio ꝓuocatus iuſto dolore ad defendendum fuerit adductus. Id quod ex ſuperioribus noſtris fundamentis plusquam eſt manifeſtum.

Et ſane in adductis ll. non ſolũ qui occidit adductus fuit initio iuſto dolore ad vim inferendã, ſed ẽt eodem dolore ac impatientia, citra vllum malignum ac doloſum ꝓpoſitum homicidium cõmiſit. Nam *in d.l.ſi adulteriũ § Imperator ff.ad l. Iul de adu.* remittitur marito vltimũ ſuppliciũ, quia impetu doloris tractus, deliquit, ſicq; nõ dolo malo, nec ex ꝓpoſito: idemque *in d.l.1.§. diuus ff. ad l.Cornel de ſic.* obſeruare licet.

Ad ius naturale refert quoq; Iuſtinianus maris & fœminæ coniunctionẽ ſobolisq; ꝓcreationẽ *pr.l.de iure nat.gent.& Ciuili.* Cui Cicero ſubſcribens; cõmunis inquit omnium animalium & coniunctionis appetitus procreandi cauſa & cura quædam eorum quæ procreata ſunt *lib.1.de offic.* Qu. 27.

An matrimonium ſit iuris ra ura. lis?

Sed anne matrimonium æq; ſit iuris naturalis vel gentium, an vero ciuile ciuium Romanorum proprium quæſtio eſt? Et hoc

hoc poſterius placet, ſi non de quouis in genere matrimonio; ſed de eo quod contrahunt ciues Romani, ſit ſermo.

Quæ ſententia his rationibus confirmatur.

1. Quia Iuſtinianus in *princ. Inſt. de nupt.* verbis diſertis ſcribit: iuſtas nuptias contrahere ciues Romanos, cui omnino cōſequens eſt, peregrinos iuſtas nuptias nō contrahere. Ad quid enim Imperator requireret, vt contrahētes eſſent ciues Romani, ſi quivis, etiam peregrini æque iuſtas nuptias contraherent.

2. Accedit huic, quod poteſtas illa, quã ex matrimonio parentes in ſuos liberos conſequuntur, quæque effectus eſt iuſtarum nuptiarum, ſit ciuilis ac ciuium Romanorũ propria §. 2. *Inſt. de patria pot.* At cuius effectus ad ſolos ſpectat ciues Romanos, idipſum quoque ad ſolos Romanos pertinet.

3. Adde, quod nuptiæ iuſtæ, ſiue ſolēnes certã ac peculiarem nouamq; à Romanis acceperint formam, vnde & ipſas nuptias iuris ciuilis eſſe ſequitur, cum de rei cuiuſque natura & origine, ex forma præcipue iudiciũ fieri ſoleat. Non obſtat huic quod in *pr. Inſt. de iure nat. gent. & ciu.* inter alia iuris naturalis exempla Iuſtinianus maris quoque & fœminæ cōiunctionem, quæ matrimonium dicitur, referat.

Reſpond. Nam, etſi matrimoniũ certo reſpectu, quatenus ſcilicet eſt maris atque fęminæ cōiunctio, adeoq; ratione ſui generis iuri naturali adſcribi poſſit: Ratione tamē formæ ſuæ, vnde, vt dictũ eſt, de origine & natura cuiuſq; rei iudicatur, iuris eſt ciuilis ac propriũ ciuium Romanorũ. Romani quippe matrimonio nouã addiderunt formam, illudq; multis ſolēnitatibus donarunt, vnde ciuile effectũ eſt, iuxta *l. 6. ff. de iuſt & iur.* §. 2. *Inſtit. de patr pot.* Hinc etiã Iuſtinianus noſter non de nuptiis ſolum, in *d pr. Inſtit. de Nup.* ſed de *iuſtis*, hoc eſt de ſolennibus nuptiis affirmat, quod eas ciues Romani cōtrahũt.

Non aduerſatur etiã quod tam ſacræ, quam profanæ hiſtoriæ luculenter teſtētur alias quoque gētes, præter Romanos contrahere matrimonium, & quidem iuſtum ac legitimum matrimonium.

Licet enim & alij populi, ſecundũ ſuas leges & ſtatuta legitima, contrahant cōiugia; in Imperio tamen Romano, quia non ſecundum leges & pręſcriptum iuris Romani ineuntur, pro iuſtis non habentur. Nec tamen hinc inferre licet illos igitur, qui ex coniugio exterorum ſunt nati, in Imperio Romano, pro ſpurijs haberi; cum pro peregrinis habeantur. Notandum etiam quod Iuſtinianus in *princ. Inſt. de Nupt.* non affirmet nuptias, ſeu matrimonium à ciuibus Romanis cōtrahi, ſed iuſtas, hoc eſt ſolennes nuptias contrahere ciues Romanos. Et hoc etiam olim ſic conſtitutum & receptum erat, vt non niſi ciui Romano cum ciue Romana connubium eſſet. Quod non tantum, quo ius ciuitatis eſſet illuſtrius, ſed etiã ne in deligenda vxore peccaretur, receptum fuit: cum longe conſultius videretur ex eadē ciuitate, aut eodem è populo, vnde quiſq; oriundus eſſet, quemque vxorem ducere: Sic enim & Ariſtoteles ex ea ciuitate, cui* quis eſt ciuis, rectius vxorem ducere exiſtimat. *lib. 5. polit. c. 7.*

Non aduerſatur deniq; quod definitio iuſtarum nuptiarum à Iuſtiniano in *princ. Inſt. de pat. pot.* propoſita, exterorum coniunctioni ac matrimonio, æque atq; coniugio Romanorum, competat: definitur enim matrimonium, quod ſit viri & mulieris coniunctio, indiuiduã vitæ conſuetudinem continens. At vero inter alias quoq; gētes mas & fęmina poſſunt cōiũgi & quidē indiuidua vitæ conſuetudine.

Hoc, inquam, non obſtat: In definitione ſiquidem nuptiarum per coniunctionem, non quęvis intelligitur coniunctio, ſed legitima ac ſolennis, quæ fiat ſecundũ præcepta legum Romanarũ: adeoq; hoc verbo includitur quoq; hoc requiſitum

matrimonij, vt contrahentes ſint ciues Romani. Alioquin ſi verbum hoc (*coniunctio*) ita nude & abſolute acciperetur, tum definitio iſta matrimonij etiam inceſtis nuptiis competeret, quod tamen dictum eſt abſurdiſſimum.

Lit. D. Qu. 28. *An ius naturale recte dicatur duplex, primæuum & ſecundarium.*

Ius Naturale quod & ius gentium appellatur §. *11. I. Rer. diuiſ.* à natura deſcendere certū eſt. Illud vero duplex eſt, primæuum & ſecundarium: illud dicitur quod nobiſcum natum eſt, quodque cū ipſo genere humano rerum natura prodidit §. *ſingulorum I. de Rer. diuiſ.* vnde & primæuum dicitur, quod primo ſtatim æuo hominum, conſtitutum proditumq; fuerit, & quod ab initio creatis hominibus natura fuerit ingenitū, atq; vt Apoſtolus loquitur, cordibus hominum inſcriptū. Cuiuſmodi ſunt religio erga Deū, pietas erga parentes, obedientia erga magiſtratum, amor erga patriam, ſui defenſio, cōiunctio maris atq; fœminæ, ſobolis procreatio & educatio; quorum quædā hominū ſunt propria, quædā hominibus cū brutis animalibus cōmunia. Secūdarium verò ius naturale dicitur, ꝙ poſtea neceſſitatibus humanis vrgētibus, & vtilitatib' ſuadētibus, naturalis ratio inter oēs homines cōſtituit §. *2. I. de iure nat. gent. & ciuili.*

Et quanquam Iohannes Coraſius hāc diuiſionem vulgo receptam & approbatam reiiciat, docendi tamen gratia illam ſeruari poſſe, ſcribit Arius Pinellus in loco ab Autore citato.

Et ſanè, etſi termini iſti *primæuum & ſecundarium* in iure expreſſi non legantur: ſufficit tamē rem ipſam extare: quod autem ius aliquod naturale ſit nobiſcum natum, aliud vero demum ratiocinatione hominum introductum, id plus quā manifeſtum eſt, & liquido probat §. *ſingulorum I. de rer. diuiſ. iunct. §. 2. I. de iure nat. gent. & ciuil.*

Non obſtat quod ſi ita duplex ſtatueretur ius gentium, ſecundarium & primæuum, mancus foret Vlpianus in *l. 1. §. Ius naturale & §. fin. ff. de iuſtic. & iur.* Reſp. Nam in illis textibus maximè ſupradicta diuiſio fundatur: ſiquidem ius naturale quod natura omnia animalia docuit, nihil aliud eſt, quam ius gentium primæuum. Id vero ius quo duntaxat homines vtuntur, rectè in primæuum & ſecundarium diuiditur: nam hoc ius aut nobiſcum natum, nobiſque ingenitum eſt, aut demum naturali ratione inter nos conſtitutum: adeoque ius gentium genere vnum eſt, ſpecie verò diuerſum ac duplex.

Ius porrò gentium primæuum, quia diuina prouidentia inter homines conſtitutum, eſt immutabile, §. *fin. I. de iure nat. gent. & ciu.* quod quomodo accipiendum, ſupra docuimus. Ius verò ſecundarium vtpote ratiocinatione hominum conſtitutum & ad Reipublicæ ſtatum atq; vtilitatem accommodatū, mutari poteſt: idq; ſatis arguit *l. 1. ff. de contrahenda empt.*

Qu. 29. *An oēs cōtractus ſint ex Iure gētiū.*

Cæterum ex iure gentium ſecundario contractus PENE omnes originem habere teſtatur Iuſtinianus in *d. §. 2. I. de iur. nat. gent. & ciuil.* Idemque & Hermogenianus docet in *l. 5. ff. de Iuſtic. & Iur.* vbi ait, ex iure gentium locationes, conductiones, emptiones, venditiones & obligationes, exceptis quibuſdam, eſſe introductas. Vnde colligitur, quod quidam contractus non iure gentium, ſed alio aliquo iure ſint introducti. Quod etſi veriſſimum ſit, inficiari tamen non dubitet Iacobus Revardus, ſtatuens omnes omninò contractus ex iure gentium deſcendere; idque hac ratione euincere conatur, quod conuentio omnis ſit ex iure naturali, ſeu gentium *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecunia.* Omnis autem contractus in ſe habeat conuentionem *d. l. 1. §. 3. ff. de pact.* Sed hæc ratio nullo modo infringere poteſt noſtram ſententiam, expreſſis iuris textibus ſtabilitam. Non enim ſequitur, contractus in ſe habet conuentionem quæ iuris gentium eſt. Ergo contractus

Digitized by Google

tractus quoque eſt iurisgentium: ſiquidem non à materia ex qua res quęque cõſtat, neque ex genere de origine, vnuſcuiuſque rei iudicari debet, ſed ex forma: hæc enim eſt, quæ ſecundum Philoſophos, dat rei cuique eſſe & originem: *arg. §. 2. l. de patr. pot.* Hinc ſæpe accidit, vt aliquid ratione ſui generis iuri gentium adſcribatur, quod tamen reuera ſit iuris ciuilis: exemplo eſt donatio, quæ, quoad genus ſuum & quatenus liberalitas eſt, iuris ciuilis eſt *l. ſi quis argentum, C. de donat.* At quoad formam eſt iuris ciuilis, ſic & matrimonium, quatenus eſt viri & mulieris coniunctio, & iuris naturalis *pr. l. de iur. nat. gent. & ciuil.* ſed tamen ciuium Romanorum propria & iuris ciuilis eſt; reſpectu ſcilicet formæ, & quatenus coniunctio à Romanis informata & certis qualitatibus donata.

Sed nec verum eſt, omnem conuentionem eſſe iuris gentium, nullam iuris ciuilis: id enim ſatis euidenter refellit *l. 5. & 6. ff. de pact.* Neque ſequitur, ſecundum ius naturale ſeruari debent pacta; Ergo omnia pacta iuris ciuilis ſunt: Hoc quippe argumentum procedit à ſeparatis, à quibus mala ſit illatio.

Quæ autem ſint contractus iure ciuili introducti, progreſſu tẽporis oſtendetur.

Qu. 30. *Ex quonam iure actiones deſcẽdant.* De actionibus vero, ex quonam iure deſcendant, valde controuertitur. Primo enim plerique iuris interpp. actionem, quoad originem iurigentium, quoad formam verò iuri ciuili adſcribunt. Eamque ſententiam amplectuntur Vdalricus Zaſius, Viſſus, Heigius, Harprechtus, Mynſing. Mudæus ad *pr. Inſt. d. act.* Ideóq; Harp. ad *§. ſed iſta Inſt. eod. tit.* Zaſius *lib. 2. ſing. reſponſ. c. 5.* Fran. Conn. *1. com. 5. num. 6. & cap. 6. in fin.* Coraſ. *2. miſc. 16.* Vaconius à Vacuna *lib. 1. declarat. 26.* Borcholt. *in tract. d. oblig. & act. cap. 1. num. 14. & ſeqq.* quorum hęc ſunt fundamenta.

1. Qualis eſt cauſa, talis ſolet eſſe effectus: Atqui cauſa plerarumq; actionum ex iuregent. deſcendit: ſiquidem pleræque actiones ex contractibus naſcuntur, contractus a paucis exceptis, originem ex iuregent. trahũt. *l. ex hoc iure ff. d. Iuſt. & Iur. §. 2. l. de iur. nat. gent. & C.* Hinc igitur ſequitur actiones, ſi non omnes pleraſq; tamen, iurisgent. eſſe.

2. In *l. 25. in fin. ff. rer. amot.* ait Vlp. Maritum ipſas res, ab vxore amotas, condicere poſſe, quia ex iuregentium condici poſſit res ab his, qui non ex iuſta cauſa poſſident; vnde haud obſcurè colligitur, condictionem ex iuregentium deſcendere. Atqui condictio eſt actio §. *appellantur l. d. act.* Actio itaque ex iuregent. originem trahit.

3. In *l. ſi mandauero 22. §. is cuius 5. ff. mand.* ait Paulus: *Is, cuius bona publica ſunt, mandare alicui poteſt, vt ea emat, & ſi emerit, vtilis erit mandatio actio, ſi non præſtet fidem.* Vnde rectè inferri videtur, deportatum agere poſſe mandati actione: Atqui deportatus retinet ſolum ea, quę ſunt iurisgent. Amittit verò quæ ſunt iuris ciuilis *l. ſi quidam 17. §. 1. ff. de pœn. §. minor. l. d. cap. dimin.* Cui conſequens eſſe videtur, actionem non ex iure ciuili, ſed ex iure gentium deſcendere.

4. Qui poteſt emere, locare alioſque contractus iurisgent. inire, ille poteſt etiã ex empto, locato cæteriſque contractib' agere: quandoquidem ex cõtractu naſcitur actio §. *1. l. d. act.* & præcipuus contractuum effectus eſt obligatio & actio. Iam verò deportatus poteſt emere, locare alioſq; conſimiles cõtractus celebrare: Ergò etiã ex iiſdẽ cõtractibus agere poteſt: & conſequenter cum, vt modo dictũ eſt, deportatus nõ habeat, quæ sũt iuris ciuilis; ſed ea dũtaxat, quę ſunt iurisgent. actio ex contractu emptionis, locationis &c. deſcẽdẽs, erit nõ iuris ciuilis, ſed iurisgẽt.

5. Si ante ius ciuile Romanũ antiquiſſimũ, legum ſcilicet 12. tab. fuerunt iudicia, ſequitur fuiſſe, & actiones, quibus in iudiciis ius ſuum homines perſequeren-

Digitized by Google

tur. Atqui ante ius Romanum antiquiſſimum fuiſſe iudicia, conſtat ex *cap. 17. verſ. 8. Deut.* & *ex cap. 13. verſic. rationibus. extr. qui filij ſint legit.* Itemque ex Dionyſ. Halicarn. *lib. 2. Antiq. Rom.* Igitur ante ius ciuile Romanum fuerunt etiam actiones, quoniam in iudicio nemo poteſt agere, litigare, ſuumque perſequi ſine actionibus, *l. 6. §. 17. ff. de Negot. geſt.*

6. Si actio nõ eſſet iuriſgent. Sed ex iure Ciuili deſcenderet, ſequeretur ante ius Ciuile obligationes, quæ ex contractibus iuriſgent. deſcendunt fuiſſe inefficaces, nec actiones peperiſſe, adeoque id quod ex illis debebatur, nõ potuiſſe ab inuitis debitoribus extorqueri. Atqui abſurdum eſt hoc: Ergo abſurdum & illud.

7. Denique quod actionum origo ſit antiquiſſima, nec ex iure demum ciuili, ſed ex iure gent. antiquiſſimo deſcendat, & paulo poſt hominem conditum cœperit, exinde probare conantur, quod in ſacris legamus, Deum, vniuerſi orbis conditorem, primum noſtrorum omnium parentem Adamum, in jus vocaſſe, & cũ eo de violata lege diuina egiſſe.

Alij verò quos ſequitur Herm. Vult. idemque Philip. Hœnon. *diſp. 19. cont. 1.* actiones, ex contractibus iuriſgent. deſcẽdentes, & ipſas iurigent. adſcribunt. Cęterarum verò originem ad jus ciuile referunt. Idq; ex hoc fundamento, quod qualis eſt cauſa, talis ſit effectus: contractus ſint cauſæ actionum *d. §. 1. l. d. Act.* Igitur cui juri contractus adſcribantur, ad idem actio quoque referri debeat.

Alij denique, actiones indiſtinctè omnes, originem ſuam ex jure ciuili ducere, aſſerunt. Ita Bartolus in *l frater à fratre ff. de condict indeb.* Ant. Faber. *in Iuriſpr. Papin. tit. 2. princ. 41. illat. 5.* Donellus 21. *comm. 2.* Bronchorſt. *2. aſſert. 55.* quæ ſententia & mihi arridet ac cæteris anteferenda videtur.

1. In *l. 2. §. deinde ex his ff. de Orig. Iur.* ſcribit Pomponius: Actiones ex iure ciuili compoſitas eſſe: vnde infallibiliter ſequitur, actiones non ſolum quoad formam, ſed etiam quoad originem iuri ciuili adſcribendas eſſe.

Et licet vulgo reſpondeant, diſtinguẽdo inter originem & formam ſeu informationem actionis, vt quoad originẽ ſit ex iuregent. quoad formam ſit juris ciuilis, atque de hoc accipiant, *d. §. deinde.* eo quod illic Pompon. expreſſe ſcribat: Actiones ex ll. 12. tab. compoſitas eſſe, vt certę ac ſolennes eſſent, nec eas populus, quo vellet modo inſtitueret, adeoq; verbis hiſce dilucidè Pomponius ſignificet, quod ante leges ſcriptas populus Romanus, prout voluerit, actiones inſtituerit. Et conſequenter actiones ante ius ciuile iuregent. fuerint introductæ; ſolum à conceptione & forma, quam ius ciuile peculiarem ac ſolennem omnibus actionibus, etiam iuregent. proditis, accommodarit, ex iure ciuili deſcendere dicantur.

Veruntamen hoc argumentum noſtrum ex *d. §. deinde*, deductum adeo non infringit, vt etiam illud perſpicuè confirmet. Si enim actiones (vt ipſimet diſſentientes fatentur) nouam & peculiarem formam à iure ciuili acceperunt, conſequens certe eſt, vt ex eodem iure originem habeant: tum quia forma dat eſſe & originem, adeoquè origo à forma eſt, ac forma poſterior, non prior, & conſequẽter alij iuri origo rei adſcribi non poteſt, quam cui forma attribuitur, nõ certè iuri antiquiori, cum origo à forma deſcẽdat, eaque vel natura poſterior ſit. Tum etiã, quia quotienscumque iuri communi, ſeu gentium aliquid additur vel detrahitur, jus ciuile efficitur *l. 6. ff. d. Iuſt. & Iur.* Quapropter cum ius ciuile, vt diſſentientes vltro fatentur, formam actioni nouam addiderit, conſequens eſt, actiones informatione iſthac juris ciuilis, ciuiumq; Romanorum proprias factas eſſe.

Nec

Digitized by Google

Nec magnopere refragatur quod regeſunt, quod ſi omnia illa, quæ formam ſuã à iure ciuili acceperunt, eidem iuri ciuili adſcribenda eſſent, nihil in iure noſtro reperiretur, quod iuris eſſet naturalis, ſeu gentium; cum in iure nihil occurrat, quod formam à iure ciuili non habeat.

IV. Etenim negamus omnia formam ſuam à iure Romano habere: ſunt enim quædam iuregent. introducta, à iure ciuili approbata ſolum & recepta, cuius generis ſunt contractus iuriſgent. Veluti emptio venditio, locatio conductio, mutuum &c. qualia à iure Romano nouam accepiſſe formam dici non poteſt: nec enim quicquam habet vel Emptio, vel Locatio, vel mutuum ex iure ciuili, quod quidem ad formam illorum ſpectet.

Et licet forſan illis, quæ ſunt ex iuregentium, adijcerentur quædam à iure ciuili; non tamen illa, ſi externa ſunt accidentia aut externæ qualitates, rem ipſam aut rei formam efficiunt ciuilem: Nam quod in *l. ius ciuile ff. d. iuſt. & iur.* dicitur: quod quotiens aliquid addatur vel detrahatur iuri communi, ſeu gentium, efficiatur ius ciuile; id, inquam, de eo accipiendum eſt, quod formæ eſſentiali atque internæ, reique partibus eſſentialibus adijcitur vel detrahitur: quandoquidem, vt paulo ante dicebatur, origo rei cuiuſque ex forma eius æſtimatur atque dependet: quin etiam quod non omnibus illis, quæ in iure noſtro habentur, ſit forma aut qualitas aliqua noua à iure ciuili ſuperaddita, luculentiſſime probat *d. l. ius ciuile ff. d. Iuſt. & Iur.* In qua Vlpianus ICtus in hæc verba ſcribit: *Quotiens aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, efficitur ius ciuile.* Vbi verbum illud *Quotiens* ſatis perſpicue innuit, non perpetuo nec ſemper id fieri, vt iuri communi aliquid addatur aut detrahatur; ſed aliquando ſolum. Inſuper hæc ipſa lex plus quam manifeſte demonſtrat, quod efficiatur ius ciuile, cum quid additur vel detrahitur iuri communi: adeoque omnia, quibus à iure ciuili forma tribuitur, ſint iuri ciuili adſcribenda; id quod etiam Iuſtin. docere voluit, quando patriam poteſtatem ex eo dixit Romanorum propriam eſſe, quia non ſint alij homines, qui TALEM in liberos ſuos habent poteſtatem, QVALEM habent Romani; atque ſic ex ſuperaddita illa à Romanis qualitate, patriam poteſtatem ciuilis iuris ac ciuium Romanorum propriam eſſe concludit. Quocirca & Actio, cui à iure ciuili Romano multa ſunt addita, iuri Romano, & non iuri communi, ſiue gentium erit adſcribenda.

2. Quod porro actionum origo ſit ex iure ciuili, dilucidis quoque textibus iuris probatur. Nam in *L. 17. §. 3. ff. commod.* Paulus ICtus actionem commodati expreſſe appellat ciuilem. Et in *l. 3. §. 1. ff. Naut. caup. ſtabul.* actio illa, quæ datur aduerſus nautas, caupones & ſtabularios de receptis reſtituendis, ciuilis dicitur. Item in *l. 1. §. 1. ff. de ſuperfic.* Vlpianus actionem conducti & actionem empti diſerte actiones ciuiles appellat. Denique in *§. ſed iſtæ Inſt. de Act.* Iuſtinianus actionem ex ſtipulatu ciuilem vocat.

Ad hos tamen textus varie à diſſentientibus reſponderi ſolet. Et primo vulgo reſpondent, in adductis ll. actiones dici ciuiles reſpectu formæ; non autem reſpectu originis.

Reſp. Verum hæc diſtinctio modo à nobis reiecta & confutata eſt. 2. Diſtinguunt alij inter inuentionem & approbationem, vt ſuperiores ll. velint actiones iuris ciuilis eſſe, ſaltem, quoad approbationem, non etiam, quoad originem & inuentionem.

Reſpon. Cæterum nec hæc diſtinctio, quamuis per ſe alias vera ſit & à Iuſtiniano expreſſe confirmetur in *§. 1. Inſt. d. obl.* huc accommodari poteſt; propterea quod ICtus Pompon. in *d. l. 2. §. deinde ex his ff. d.*

Digitized by Google

ff. d. orig. iur. Actiones ex iure ciuili compoſitas eſſe clare aſſerit.

Denique reſpondent quidam, in omnibus textibus ante adductis, actiones dici ciuiles, comparatiue reſpectu ſcilicet actionis prætoriæ; adeoque verbum *Ciuilis* ibidem latius accipi, nempe pro omni eo, quod iure Romano, vel introductum eſt, vel approbatum, quemadmodum ius ciuile ſumatur, quotiens prætorio opponitur *arg. §. 1. I. d. oblig.*

Reſp. Sed refragatur & huic reſponſioni, quod actiones indifferenter omnes, quæ prætorijs hodie opponuntur, à Icto Pompon. ex iure ciuili compoſitæ dicuntur, in *d. l. 2. §. deinde ex his d. orig. iur.*

3. Inſuper quod actiones, etiam origine ſint iuris ciuilis, probat & hæc ratio, quod ſicut patria poteſtas exinde ciuilis ac ciuium Romanorum propria dicitur, quod non ſint alij homines, qui talem in ſuos liberos habent poteſtatem, qualem Romani *§. 2. Inſt. d pat. poteſt.* Ita quoque pari ratione actio ſit ciuilis ac ciuium Romanorum propria, quia non ſint alij homines, qui tales habent actiones, quales Romani.

4. Denique confirmat idipſum quoque non parum, quod ius Ciuile dicitur effici, quotiens aliquid additur aut detrahitur iuri communi *l. ius ciuile. ff. d. Iuſt. & Iur.* Iam vero actionibus, apud alias quoque gentes vſitatis, & ante ius Romanum cognitis, aliquid fuiſſe additum, probat ſæpe citata *l. 2. §. Deinde ex his ff. d. orig. Iur.* & volentes - nolentes fatentur id etiam aduerſarij.

Quare ex his rationibus indubitanter concludendum eſt, & actiones non modo, formâ; ſed etiam origine eſſe iuris ciuilis. Videndum nunc, quid ad diſſentientium fundamenta reſponderi debeat.

Ad primum reſpondetur, maiorem eius propoſitionem non eſſe vniuerſaliter veram; ſed ſolum procedere in cauſis vniuocis, non etiam in cauſis æquiuocis, hoc eſt, locum ſibi vindicare duntaxat in illis cauſis, quæ effectum nomine & ſpecie ſibi ſimilem producunt, qualis eſt homo, qui hominem progenerat, ſpecie & nomine ſibi ſimilem: hic enim verum eſt, quod qualis eſt cauſa, talis ſit effectus: fallit autem prædictum axioma in cauſis, effectum ſibi nomine & ſpecie diſſimilem producentibus: Atqui actionis cauſa æquiuoca eſt contractus, vt qui ab actione, ſuo effectu, nomine & ſpecie plurimum differat: et hanc reſponſionem confirmat *l. 7. §. 2. ff. d. pact.* vbi ex contractu innominato iuriſgent. dicitur ciuilis obligatio naſci: vnde perſpicue relucet, non perpetuo verum eſſe, quod dicitur, talem eſſe effectum qualis ſit cauſa. Idem comprobat etiam *l. 17. §. 3. ff. commod.* in qua aſſeritur, quod ex commodato, contractu Iuriſgentium, ciuilis actio commodati naſcatur. Quod vel ſolum infringit ſuperioris argumenti conſequentiam: atque demonſtrat, quod talis non ſit, quoad originem, actio, qualis eſt contractus.

Ad aſſumptionem vero oppoſiti argumenti reſpondetur, contractum quidem eſſe cauſam actionis; ſed remotam duntaxat: propinqua enim eſt obligatio, quæ cum ſit ciuilis *§. 1. I. d. oblig.* ſequitur potius, vi propoſiti argumenti, & ipſam actionem eſſe iuris ciuilis.

Ad ſecundum, ex *l. 25. rer. amot.* deductum reſp. eam l. non hoc velle, quod condictio ſit iuriſgent. Sed quod condici poſſint res, quæ ex non iuſta cauſa poſſidentur. Quo ipſo non probatur, condictionem Iuregent. introductam eſſe; ſed ſecundum Iuſgent. eſſe, ex eoque deſcendere, vt quod quis ſine cauſa poſſidet, id domino reſtituat neque locupletetur cum iactura & detrimento alterius *l. 206. d. R. Iur.* Non autẽ quæ Iurigent. conueniunt & ratione naturali nituntur;

tuntur; ſtatim ſunt Iuriſgent. Sic enim tutela dicitur naturali rationi conueniens eſſe §. *fin. Inſtit. d. Attil. tut.* Et nihilo tamen minus tutela dicitur iure ciuili data & conſtituta §. 1. *Inſt. d. tutel.* Et ius ciuile conueniens eſſe iurigent. nec per omnia ab eo recedere, aſſerit ICtus in *l. ius ciuile. ff. d. iuſt. & iur.* Quocirca, cum in *d. l. 25.* dicitur Iuregent. condici poſſe res, quæ ſine cauſa ab alio poſſidentur, non licebit ex eo inferre, quod condictio ipſa ſit Iuregent. introducta.

Ad Tertium ex *l. 22. ff. mand. petitum.* reſp. Lillam non qui de deportato, ſed de eo, cuius bona publicata ſunt, ſaluo ſtatu perſonæ; idque haud obſcure probat *l. 2. C. d. bon. proſcript.* in qua dicitur, deportatos nec earum rerum, quas poſt pœnam irrogatam habuerunt, heredem habere poſſe, ſed & has publicari: iam vero illi, de quibus *d. l. 22. §. 5.* loquitur, bona quæ acquiſiuerint, ſibi retinent.

Cui ſolutioni non obſtat, quod regerit Harprecht, citatam *l. 22.* idcirco non poſſe de alio, quam de deportato accipi, quia ſi de eo cuius bona, ſaluo ſtatu, ſunt publicata, loqueretur, non daret ei vtilem actionem, ſed directam, non obſtante *l. 2. C. d. bon. proſcript.* vt in qua non dicatur, quod bona deportati, quæ poſt deportationem acquiſiuerint, publicentur eo adhuc viuo; ſed ſolum quod deportatus heredem habere non poſſit, adeoque bona eius, eo demum defuncto, fiſco cedant.

Reſpon. Etenim in *d. l. 22.* non ait ICtus ei de quo ibidem ſermonem habet, vtilem dari mandati actionem, ſed ipſi actionem mandati eſſe, hoc eſt, prodeſſe & efficacem exiſtere ad ius ſuum obtinendum: nec enim raro in iure vtilis actio pro efficaci dicitur, prout liquido probant *l. hominem. ff. mand. l. ex empto. §. is qui vina ff. d. act. empt. pr. Inſtit. d. vi bon. rapt.* atque in hoc ſignificatu actionem vtilem etiam in *d. l. 22.* ſumi, admodum veriſimile eſt, maxime, cum etſi poneretur, legem iſtam de deportato agere, ratio tamen nulla dari poſſet, quare deportato vtilis, & non directa mandati actio competeret, cum Iuriſgent. vnde actionem mandati deſcendere volunt, non minus, quam quiuis alius, ſit particeps: in mera autē coniectura conſiſtit id, quod aiunt, bona poſt deportationē, per deportatum acquiſita, illo demum defuncto, cedere & acquiri fiſco: nec enim quicquam de eo in *d. l. 2. C. d. bon. proſcrip.* nec alibi etiam in iure proditum reperitur, vt proinde eadem, qua adſtruitur facilitate, reijci ac deſtrui poſſit.

Ad Quartum reſp. Deportatum quidem poſſe Iuriſgent. contractus inire, cū ea, quæ iuris ſunt gentium, retineat, ex illis vero agere nō poſſe, quia actio ſit iuris ciuilis, quo iure per deportationem priuatus cenſetur: quare non ſequitur: Deportatus contrahere poteſt: Ergo ex contractu poteſt agere, cum argumentum hoc ſit à ſeparatis, à quibus male infertur.

Ad Quintum reſpon. Ante ius ciuile Romanum fuiſſe quidē actiones, verum rudes ac informes, quæ Pomponio teſte, à iure ciuili formam acceperunt in *l. 2. §. deinde ex his ff. d orig. iur.* Deinde non eſt hic quæſtio de actionibus quibuſvis; ſed de iis, quibus in foro Romano experiuntur Romani: has formam & originem ex iure ciuili Romano habere, aſſerimus.

Ad ſextum & ſeptimum eadem eſt reſponſio: Nam etſi ante Romanos fuerint contractus, exindeque obligationes ad producendum actiones efficaces: non tamen huiuſmodi produxerunt actiones, quales ex iure Romano compoſitas Pomponius ait, ſed rudes, vt modo dicebatur, & informes, quas poſtea ius ciuile formauit. Quin

Quinetiam negatur, quod Deus in Iudicio aduerſus Adamum egerit, ſuumque ius actione fuerit proſecutus: de hoc enim nil quicquam habet ſacra ſcriptura: nec etiam ſequitur: Deus vocauit Adamum ad rationem facti ſui & tranſgreſſi mandati diuini reddendam: Ergo aduerſus illum in iudicio actione eſt expertus. Quapropter his ita ordine remotis, palam eſt, primam opinionem, non ſat firmis, ſed arenoſis plane ac lubricis fundamentis niti, eamq; ſalua veritate, iuriſque ratione, recipi non poſſe.

Prima itaque Interpp. opinione reiecta, videamus quid de ſecunda haberi debeat? Ei vero nõ pauca refragari videntur: imprimis autẽ valde ei aduerſatur, quod in *l.7.§.2.ff.d pact.* Vlpianus oſtendit, ex contractu innominato, qui omnium confeſſione Iuriſgent. eſt, naſci ciuilem obligationem & actionem. Quodque idem Vlpianus ex commodati contractu, qui itidem eſt iuriſgent. ait ciuilem commodati actionem deſcendere *l.17.§.3.ff. commod.* Et quod denique Pomponius in genere atque indiſtincte actiones, quibus populus Romanus agit ex ll. ciuilibus compoſitas eſſe aſſerit, in ſæpe citata *l.2.§.deinde ex his.ff.d.O.Iur.*

Nec magni momenti eſt, quod pro hac ſtabilienda opinione proferũt, quod nempe talis ſit cauſa, qualis effectus. R. Nam ad hoc iam ſupra reſponſum eſt, quod procedat in cauſis ſolum vniuocis, non in æquiuocis.

Lit E&F Quæſ.31 *Vtrum omne ius naturale ſit iuſgentium, & contra omne ius gentiũ ſit ius naturale?*

Nobilis eſt hæc quæſtio & à Neotericis in vtramque partem admodum probabiliter diſputata, vtrum omne ius naturale ſit iuſgentium, & contra omne iuſgentium ſit naturale. Et quidem communis videtur negantium ſententia, cui etiam Auctor noſter ſubſcribit, dum Ius naturale à iuregentium diuerſum eſſe ſtatuit, atque per duplicem reſpectum diſtingui: ſic vt naturale homini tribuatur, quatenus animal eſt: Ius gentium vero eidem competat quatenus eſt homo, ſed cum ius naturale animalibus non niſi abuſiue & improprie competat, hominibus autem proprie, diſtinctionem hanc & differentiam non poſſe defendi exiſtimo, ſed cum Donello ſtatuendum arbitror, omne iuſgentium eſſe naturale & omne ius naturale eſſe iuſgentium, quod vt eo clarius pateſcat, vtriuſque de hac controuerſia ſententiæ fundamenta conſideremus. Et quidem pro Autoris noſtri ſententia, quæ etiam communis eſſe videtur, ſequentia ſolent produci argumenta.

1. Certum eſt, quod hæc iura à ſe inuicem aperte diſtinguantur tum à Iuſtiniano in *titul. Inſtit. de Iur. Nat. Gent. & Ciuil.* tum etiam ab Vlpiano in *l.1.ff.de iuſtit, & iur. ac paſſim.*

2. Deinde palam eſt iſta duo iura multifariam à ſe inuicem differre. Et 1. quidem differunt definitionibus, ſiquidem aliter definitur ius naturale, & aliter ius gentium in *pr. & §.1. Inſt. de iur. N.G. & C. & in l.1. ff. de iuſt. & iur.* Quæ autem definitionibus differunt, ea proculdubio re ipſa & eſſentialiter differunt.

3. Deinde differunt cauſa efficiente ac producente: quia ius naturale natura ſimplex: Ius vero gentium naturalis ratio conſtituit. *d.pr. & §.1.*

Præterea differunt ſubiecto: Nam iuſgentium eſt hominum tantum: naturale vero ius etiam brutorum, per text. modo citatos. Vnde Vlpianus ait, illud à naturali recedere facile intelligi, quia illud omnibus animalibus, hoc ſolis hominibus competat.

Denique differunt contrarijs effectis: quia ex naturali iure eſt libertas: ex iuregent. ſeruitus. *§.1. de iur. perſon.* iuncta *l.32. eod. & pr. Inſt. de libert.*

Verior tamen eſt contraria affirmatiua opinio, quæ his ſequentibus ſtabilitur fundamentis.

1. Quæ definitione conueniunt, illa

abſq;

Digitized by Google

abſque dubio ſunt idem: Iam vero ius naturale & Iuſgent. conueniunt definitione: quippe Iuſgent. eſt, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit: At vero ius naturale eſt à natura ſeu naturali ratione profectum: Ergo eſt iuriſgentium. Et hanc iuriſgent. definitionem accommodat ICtus *in l.9. ff. de iuſt. & iur.* iuri omnibus hominibus communi: quod quia ibidem opponitur iuri ciuili, complectitur, ſine dubio, ius etiam naturale.

2. Confirmat hanc eandem ſententiã, quod Iuriſconſultus in *d.l.9. de juſt. & iur. & Imperator in §.1. Inſtit. de iur. natur. gent. & ciu.* teſtetur, omnes populos, qui legibus & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vti, atque hoc poſterius appellet iuſgentium. Iam vero quiſque populus vtitur iure naturali, quod indubium eſt. Ergo illud aut eſt ciuile aut gentium; at non illud: Ergo hoc.

3. Præterea quo iure omnes gentes vtuntur, illud eſt iuſgentium, *d.l.9. & §. 1. Inſtit. hoc titu.* Atqui iure naturali omnes gentes vtuntur. Ergo eſt iuſgentium.

4. Accedit, quod in *l.9. & in §. fin. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* tantum iurium duorum fiat mentio. Igitur neceſſum ſit, vt vnum ſub altero contineatur; vel iuſgentium ſub naturali: aut hoc ſub illo.

5. Adde, quod illa, quæ iuriſgentium ſunt, expreſſe tribuuntur iuri naturali; vt dominiorum acquiſitio in *l.1. ff. de acq. rer. dom.* dicitur eſſe iuriſgentium. At in *§. ſingulorum, Inſt. de rer. diuiſ.* tribuitur iuri naturali. Sic obligationes quæ dicuntur naturales, ſeu iuris naturalis in *l.1. ff. de nouat. l.16. ff. de fideiuſſor. l.10. ff. de oblig. & act.* Eædem dicuntur eſſe ex iuregentium. *l. 6. ff. de Iuſtit. & iur. §. 2. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Nec poſſunt non eſſe iuriſgentium, cum inter animantia bruta nullæ ſint obligationes.

6. Denique, pertinent huc expreſſi textus, in quibus Iuſgentium appellatur naturale, vt in *§. ſingulorum. Inſtit. de rer. diuiſ.* ait Imperator: *Quarundam rerum dominium nanciſcimur iure naturali, quod, ſicut diximus* (In tit. de natur. gent. & ciuili) *appellatur iuſgentium.* Donell. in *d capit. 6.* Vult. *ad pr. Inſtit. de iur. natur. gent. & Ciuil. & in l. cum amplius. §. is natura ff. de regul. iur.* vbi Paulus ait: Is natura debet, quem iuregentium dare oportet.

His vero non refragantur ſuperiora argumenta.

Ius enim gentium, vt & ius naturæ, capitur dupliciter, primo generaliter & proprie, vt ius quidem gentium ſignificet omne ius, quo gentes humanæ vtuntur, *l.1. ff. de juſtit. & jur.* Ita vt hac in acceptione etiam in ſe complectatur ius illud, quod alias hominibus cum brutis dicitur eſſe commune, & in ſpecie ius naturale appellatur. Ius vero naturale vniuerſum illud ius denotat, ac ſuo ambitu complectitur, quod à natura profectum eſt, ſiue à ſimplici natura, ſiue à ratione naturali; hoc autem modo proprie iuſgentium accipi, recteque ac proprie loquendo ius naturale appellari, ex eo conſtat, quod & infra à nobis pluribus demonſtrabitur, quod nempe ius naturale non, niſi abuſiue, brutis tribuatur, ſolis vero hominibus proprie: quocirca proprie & accurate loquendo, omne ius naturale erit iuſgentium & è contra. Sumitur deinde ius naturale & iuſgentium ſpecialius, prout in *titul. Inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil. l.1. ff. de iuſtitia & iure.* & ab inuicem diſtinguuntur à ICto & Imperatore Iuſtiniano.

Quapropter, vt ad quatuor priora argumenta diſſentientibus reſpondeamus,

 diſtin-

diſtinguuntur atque differunt inuicem ius naturale & iuſgentium definitionibus, cauſis efficientibus, ſubiectis atque effectis, cum accipiuntur, ſpecialius minusque proprie. At vero ſunt idem, cum ius naturale, itemque gentium proprie ac generalius capiuntur, prout illa accipi, modo declarauimus.

Sic etiam ex eodem fundamento reſpondetur ad vltimum argumentum, duo eſſe ſumma genera iuris, ciuile & naturale, ſiue gentium: hoc vero poſterius rurſus ſubdiuidi in alia duo, nempe in illud ius, quod quodammodo & per ſimilitudinem quandam brutis competere dicitur, atque in ſpecie naturale appellatur, & in illud, quod nec re nec ſimilitudine aliorum ſit, quam hominum, vt ita duo ſint genera ſumma, ciuile & naturale, ſiue gentium; Tria vero, ſi poſterius in ſpecies ſuas ſubdiuidatur. Cuiac. *15. obſ. 38.* Vult. *ad pr. h. t.*

RESOLVTIO THESIS quintæ.

Lit. A. EX præceptis naturalibus Iuriſgẽtium & ciuilibus collectum eſſe ius Romanum, Autor eſt ipſe Iuſtinianus in *§. fi. I. de iure nat. gent. & Ciuili*, quod ius cum æquitatis ſale conditum & temperatum fuerit, Reipub. Romanæ maximum incrementum dedit, eandemque ad tantam amplitudinem ac maieſtatem euexit, vt in quarta Monarchia tandem deſierit. Quod, etſi Iohanni Bodino diſpliceat veriſſimum tamen & diuinis quoque oraculis conuenientiſſimum paulo infra dilucide oſtendetur.

Equidem negari non poteſt, quin non vbiuis terrarum hoc ius Romanum locum ſibi vindicet: nec omnium gentium principes, Romanum Imperatorem caput ac ſuperiorem agnoſcant: ſed hoc facti eſſe, iure autem Imperio Romano eos ſubiectos eſſe, plurima argumenta demonſtrant: adeo vt ſi rem non ex facto, ſed ex iure æſtimare velimus, Imperator Romanus meritiſſime dominus mundi appellitari debeat, prout de ſe ipſo Diuus Antoninus profitetur in *L. 9. ff. ad L. Rhodiam de iactu*, quod etſi plerique Galli, nec non eruditiſſimi Hiſpani inficias eant; tamen veriſſimum eſſe infra demonſtrabitur.

Cæterum quia ius ciuile ab hominibus per mentis diſcurſum conſtituitur, conſequens eſt, illud mutabile eſſe *§ pen. I. de iure nat. Gent. & Ciuili*, & ſane quandoque vtilitas Reipublicæ huiuſmodi mutationem deſiderat; cum ius ciuile debeat cuique Reipublicæ eſſe accommodatum: non autem vna eſt eademque omnibus temporibus Reipublicæ ratio & conditio: proinde varietate temporum nec non aliarum circumſtantiarum iuris quoq; varietatem efflagitante, mutatio legum ſuſcipienda eſt: quam tamen non in quorumuis arbitrio ſed in poteſtate ſummi principis eſſe oportere recte monet Autor noſter: cum enim ſolius principis ſit leges ferre, eius etiam ſolius erit leges mutare *l. fin Cod. de ll.*

Ius porro Romanum duplex eſt ſcriptum & non ſcriptum: illud lex dicitur: hoc vero cõſuetudo: diſcernuntur autem hæc duo maxime eo, quod ius ſcriptũ ſit, ab eo ſubditis præſcriptum, penes quem eſt legem ferre, ſeu ius condere: ius vero non ſcriptum, non ſit præſcriptum ab eo, qui habet iuris ſanciendi poteſtatem, ſed introductum ſit moribus tacitoque conſenſu populi *l. 32. ff. de ll.* *Queſ. 32. Quid differat conſuetudo à lege ſcripta?*

Sunt equidẽ qui non male hanc quoque inter conſuetudinem & ius ſcriptum differentiam conſtituant, quod ad legem requiratur ſcriptura, ad conſuetudinem vero non item: quæ differentia probatur *l. 32. de ll.*

Verum quatenus ſcriptura ad legem requiratur admodum controuerſum eſt: & quidem de iſta quæſtione ſunt tres diuerſæ

uerſæ ac diſcrepantes Doctorum opiniones; nam primo quidam opinantur ſcripturam eſſe partem ſubſtantialem legis; quidam vero exiſtimant ſcripturam non eſſe partem neceſſariam legis ſeu iuris ſcripti. Alij denique media via incedentes, iudicant ſcripturam non quidem partem eſſe ſubſtantialem, ſed tamen plerumque neceſſarium eſſe adiunctum legis. Quas ſingulas conſiderare operæ precium videtur.

Primæ itaque opinionis Authores opinionem ſuam ſequentibus hiſce fundamentis ſtabiliunt.

Primo, inquiunt, receptum eſſe legem exinde ſic dictam, quod publice legatur, vt omnibus nota ſit, & ab omnibus obſeruetur.

2. Imperator Iuſtinianus in §. *11. Inſt. de R. diuiſ.* collationem inſtituens inter ius ciuile & naturale, hoc ait, cum ipſo genere humano proditum eſt; ciuile vero tunc demum cæpiſſe, cum & ciuitates condi, & magiſtratus creari & leges ſcribi cæperunt.

3. In §. *9. Inſtit. de iur. nat. gent. & Ciuil.* Iuſtinianus diuiſionem iuris inſcriptum & non ſcriptum comprobans, haud obſcure oſtendit, per ius ſcriptum intelligi ius illud, quod in ſcripturam redactum eſt, idem colligitur ex antitheſi *in ſeq.* §. 10. Lacedæmoniorum, qui ius ſuum memoriæ mandabant, & Athenienſium qui ſuas leges in ſcripturam redigebant, velut textus loquitur, ſcripto comprehendebant, quod certe per quam inepte ſubieciſſet Imperator, niſi in §. *precedenti.* ſcriptum & non ſcriptum eodem modo intelligi voluiſſet.

4. In *l. 2. C. de frum. vrb Conſtantin.* Imperatores Theodoſianus & Valentinianus cum legem propoſuiſſent de frumento vrbis Conſtantinopolitanæ, ſubiiciunt in fine hæc verba: legiſque huius tenorem in æneis tabulis incidi iubemus, vnde non obſcure colligitur, leges Romanorum in ſcripturam redigendas fuiſſe.

5. Idemque comprobat *l. 9. C. de legibus* vbi in hæc verba ſcribunt Impp. *leges ſacratißimæ, quæ conſtringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, vt vniuerſo præſcripto illarum manifeſtius cognito vel inhibita declinent, vel permiſſa ſectentur.* Ex hiſce verbis (præſcripto illarum cognito) ſatis perſpicue colligitur, leges ſcripto comprehenſas fuiſſe.

Nam quomodo alias præſcribi poſſent, in ſcripto comprehendantur.

6. Euincit idem quoque *l. 32. pr. ff. de legib.* vnde inferendum videtur, leges Romanas in ſcripturam fuiſſe redigendas.

7. Idem apertius probare videtur *l. 36. ff. de ll.* vbi de iure conſuetudinario loquens Ictus Paulus, dicit magnæ authoritatis id ius eſſe, quod in tantum probatum ſit, vt non ſit neceſſe id ſcripto comprehendere. Hoc autem dicit ad legis ſeu iuris ſcripti differentiam, quod iuxta hanc legem neceſſum eſt ſcripto comprehendere & in ſcripturam redigere.

8. Nec minus expreſſa eſt hæc ſententia in *l. humanum 8. C. de legib* ibi, *ſi vniuerſis tam iudicibus, quam vobis placuerit tunc legem* (vt ibi recte pro legata legitur) *dictari.* Præſcribit ea conſtitutio formam legis promulgandæ, inter cuius requiſita deſideratur, vt *lex dictetur.* Dictari autem dicitur proprie, quod tractim pronunciatur, vt calamo excipi poſſit. *l. 15. §. 3. ad leg. Cornel. de falſis l. 9. §. 1. ff. de hered. inſtit.* & iubet Imperator in fine eam formam in poſterum ſemper obſeruari in lege promulganda.

9. Apertiſſime hoc ipſum probatur *Nou. 66 cap. 1 pr. & §. 1. 2. & 3.* dum iis in locis conſtituitur, ne vllæ leges vel conſtitutiones in poſterum valeant, niſi poſt duos menſes à tẽpore, quo fuerint manifeſtatæ, inſinuatæ, palam compoſitæ. Eodemque pertinet frequens iiſdem in locis mentio legis ſcriptæ, cõſcribendæ lingua

Digitized by Google

gua græca, habentis diem conſcriptionis Kalend. Mart. &c.

10. Denique hic magis ſententiæ huic accedendum eſt, quia & iure Canonico comprobatur *cap. lex eſt. diſt.*1. Nam iure Canonico certo, quando ius ciuile in controuerſiam vocatur omnimodo ſtandum eſſe communiter placuit Mynſing. *Reſp.* 2. *nu* 9. Gail. 2. *obſ.* 121. *nu.* 5. Atque hæc ſunt in vniuerſum, quæ pro confirmatione primę opinionis adferri ſolent. Videamus nunc ſecũdę opinionis fundamenta.

1. Eam vero inprimis confirmare videtur Imperator in *Nou.* 66. *ca.* 1. *verſ. vt autem. in verbis: ſi ſcripta fuerit huiuſmodi lex:* quibus indicare videtur, non ſemper leges eſſe ſcriptas adeoque ſcripturam neque partem eſſentialem legis, neq; neceſſarium adiunctum eſſe.

2. Accedit, quod ſola voluntas principis faciat legem *l.* 1. *pr. ff. de conſtit. prin.* §. *ſed & quod principi. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Vnde ſequitur ad legem nullo modo ſcripturam requiri.

3. Adde quod diſtributio in ius ſcriptum & non ſcriptum à Græcis promanarit. §. 3. *Inſtit. de iuſt. & iur.* qui eius loco, quod dicimus ferre leges dicunt eadem ſignificatione ſcribere leges, vtentes verbo ſcribere magis pro perſcribere, eodẽ igitur modo Iuſtinianus vtitur verbo ſcriptum pro præſcriptum.

4. Idem comprobat exemplum Legum Laconicarum, quas in ſcripturam redactas non fuiſſe, ſimiliter patet ex §. *& non ineleganter* 10. *Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil. verbo memoria mandarent.* Et teſtatur Plutarchus in vita Lycurgi harum Legum latoris, vna ex eius legibus diſerte cautum fuiſſe, ne qua ex ſuis conſtitutionibus ſcriptis mandaretur: fuiſſe tamen tantum conſuetudines, dici non poteſt, cum habuerint ab initio expreſſum Spartanorum, qui de ſingulis legibus rogati fuerint, conſenſum, quique iurarunt Lycurgo abituro ad conſulendum de ſuis legibus oraculum Delphicum, ſe omni ex parte eius leges obſeruaturos vſque ad eius reditum, quem ipſe voluntaria morte præoccupauit.

5. Et profecto cum ſtatuta & iura municipalia, ſeu leges ſpeciales, quibus ciuitas tantum certa, vel alia quæuis vniuerſitas tenetur, videantur ſine ſcriptura innoteſcere poſſe, vt ſcripto eas comprehendi neceſſarium non ſit, videatur omnino dicendum, legis eſſentialem partem non eſſe ſcripturam, nec etiam neceſſarium adiunctum.

6. Arguunt id ipſum definitiones legis, quæ extant in *l.* 1. *&* 2. *C. d. ll.* in quibus nulla fit ſcripturę mentio, quæ tamen definitione legis, quæ debet eſſe reciproca, continetur, ſi vel ad legis ſubſtantiã pertineret, vel eius eſſet neceſſariũ adiũctum.

7. Denique dicitur lex, antequam ſcripto, ſeu tabula, publicis locis propoſita, innotuit ſubditis *l.* 2. *fin. C. de frum. vrb. Conſtant.* ex quo vel ſolo liquet manifeſtiſſime, ſcripturam ad legem haud quaquam requiri.

Tertiæ opinionis fundamentum maxime in hoc conſiſtit, quod omne quicquid ad rem aliquam neceſſarium eſt, ita, vt abſque eo res illa nec perfectionem ſuam habeat, nec etiam effectum ſortiatur, neque tamen illius rei ſit pars aliqua eſſentialis, illud ſit rei illius adiunctum neceſſarium. At vero ſcriptura plerumq; ad legẽ ſit neceſſaria, ita vt lex non poſſit abſq; ſcriptura ſuum ſortiri effectum, nec tamen ſit pars eſſentialis legis: Ergo ſcriptura ſit neceſſarium legis adiunctũ. Propoſitio per ſe patet; Aſſumptionis primũ membrum probatur ex eo, quod lex non poſſit facile promulgari inq; hominũ notitiam venire, niſi per ſcripturam: at vero, priuſquam promulgetur, lex non eſt, nec habet vim iuris *Nou.* 96. *c.* 1. *pr. &* §. 1. 2. *&* 3. Ergo ſcriptura ad legem neceſſario requiritur. Alterum membrum aſſumptionis ſic demonſtratur, ſi ſcriptura eſt de legis ſubſtan-

ſubſtantia, ſiue pars eius ſubſtãtialis, tum erit aut forma aut materia. Hæ enim ſunt partes cuiuſque rei ſubſtantiales. At ſcriptura nõ eſt forma legis, quia per ſcripturam lex non eſt, quod eſt, ſed per expreſſam ſanctionem & iuſſionem eius, qui legis condendæ poteſtatem habet, *arg. l. 1. & l. 32. §. fin. ff. de ll. §. 4. & ſequentibus l. hoc tit.* Non eſt etiam legis materia, quia ex ſcriptura lex non eſt, ſed ea plerumque ad legem, ſuis cauſis iam conſtantem, accedit, *argum. §. lex eſt. Inſt. de iure nat. gent. & ciuil.* Atque hæc ſententia abſque dubio firmiſſima & tutiſſima eſt. Neque refragatur ei quod in ſcripturam redigi non ſemper, nec ſoli legi conueniat, nec perpetuo ab ipſa legis eſſentia immediate, neceſſario & inſeparabiliter dependeat. Eo quod, Dionyſio Haliacarn. teſte, in *Antiquit. Rom. lib. 2. cap: 4. pag. 143.* à primis Regibus Roman. multæ leges ſine ſcripto ſint latæ, & Lacedæmonij leges ſuas memoriæ mandarint, nec eas ſcripto comprehenderint. Et denique plebiſcita non fuerint in Comitiis per ſcripturam promulgata; ſed poſtquam ad interrogationem palam iuſſa & promulgata erant, demum, memoriæ ergò, conſcripta fuerint, adeoque ſi omnino fuerint leges & plebiſcita in ſcripturam redacta, tum id non fuerit neceſſario factum, ſed ex libera voluntate legiſlatoris, qui etiam alio modo, nempe per præconem potuerit legem promulgare.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat, neque enim ſimpliciter affirmamus, quod ſcriptura ſemper ſit neceſſarium legis adiunctum, ſed dicimus *plerunque*, tunc videlicet, cum non poteſt lex aliter, quam per ſcripturam promulgari, id quod ſane accidit in Republica Romana, & legibus eiuſdem. Etenim præterquam, quod illæ ſint ſummæ difficultatis, obſcuritatis & amplitudinis, etiam Reſpublica Romana, cui hæ leges præſcribebatur, fuit ſummæ amplitudinis, vt vix ac ne vix quidem, abſque ſcriptura potuerit promulgari omnibuſque ſub Imperio Romano viuentibus, innoteſcere.

Nec obſtant huic noſtræ opinioni, quæ pro duabus prioribus fuerint ſuperius adducta. Etenim, vt ad primæ opinionis argumenta prius reſpondeamus, quibus ſcriptura de legis ſubſtantia eſſe aſſerebatur, reſponderi oportet ad primum argumentum, etſi fateantur omnes latini, legem dictam eſſe à legendo; attamen non omnes eandem huius notationis reddunt rationem: nam Cicero in *lib. de legib.* ſcribit; legis nomen à legendo deriuari, non quia lex in ſcripturam referatur, vt publice lecta in omnium perueniat notitiam; ſed quia lecta eſt atque ſelecta & cum delectu poſita.

Hæc autem Ciceronis notatio melior eſt altera, quia nulla lex dari poteſt, cui illa non conueniat. Deinde poſito, alteram notationem eſſe meliorem, non tamen inde ſequitur ſcripturã eſſe partem eſſentialem legis, cum notatio non deſumatur à ſolis internis & eſſentialibus cauſis, vel à proprio & eſſentiali rei adiuncto, ſed ex adiunctis etiam neceſſariis: non porro negatur, quin conſueuerit lex in ſcripturam redigi, ex eo tamen inferri nequit, ſcripturam eſſe de legis ſubſtantia. Præterea lex inde ſic dicitur, quod publicè legatur, quia lex omnibus nota, ab omnibus obſeruatur, vnde ſequitur ſcripturam eo reſpectu medium eſſe ſeu inſtrumentum, cuius beneficio lex innoteſcat ſubditis: at verò inſtrumentum non eſt de ſubſtantia rei.

Secundum argumentum ſimiliter nõ obſtat. Imperator enim illo in loco agit de quibuſlibet legibus ciuilibus, vt ex collatione iuriſgentium & iuris ciuilis luculenter patet: at vero non omnes omnium gentium leges ex ſcripto ſunt

latæ aut in ſcripturam relatæ *arg. §. 10. Inſt. de iuſt. & iur.* Deinde cum Imperator agat de primis legum ciuilium initiis, quę proculdubio poſt diluuium ab antiquiſſima Babyloniorum Monarchia, à Nimrodo inſtituta, repetenda ſunt, ex *Geneſ. cap. 10. verſ. 18. & ſeqq.* non poteſt probari, leges omnes eo tempore in ſcripturam fuiſſe relatas, cum præſertim vſus ſcripturę tum temporis fuerit rariſſimus, aut vero nullus, vt plerique exiſtimant, cum ſecundum illos literæ fuerint demum à Moyſe, aut ad ſummum ab Abrahamo primum inuentæ *Polydor. Virgil.* Proinde veriſimilius eſt in *d. §.* leges dici ſcribi, id eſt, præſcribi & ſanciri: aut certe fatendum eſt, locutionem illam, ſi in genere omnibus legibus, præſertim antiquiſſimis accommodetur, impropriam eſſe, deſumptam videlicet à Romanorum, ſub Conſulibus & Imperatoribus, vſitato more. Denique plane, non ſequitur: leges dicuntur ſcribi: Ergo ſcriptura eſt de legum eſſentia: nam etſi dici de aliquo requirat ineſſe, tamen non ineſſe ſubſtantiale.

Ad tertium reſpon. iure noſtro Iuſtiniano duplex eſſe diſcrimen iuris ſcripti & non ſcripti: vnum eſſentiale, conſiſtens in expreſſa ſanctione, quæ iuris eſt ſcripti & tacita populi approbatione, quæ iuris eſt non ſcripti, *l. 32. ff. de ll.* Alterum vero accidentale, deſumptum à ſcriptura, & quoad hoc ſolum poſterius, diſcrimen occaſionem & originem huius diſtinctionis ab inſtitutis Athenienſium fluxiſſe.

Ad quartum, quintum & ſextum reſpondemus, amplitudinem Romani Imperij, quæ fuit tempore Conſulum & Imperatorum, effeciſſe vt præſcribi ac promulgari leges ſine ſcripto non facile potuerint. At eam amplitudinem accidens eſſe, & quidem ſua natura, mutabile ac ſeparabile, quod non ſemper, nec in omni Republica adeſt.

Ad ſeptimum reſpondetur, præterquam quod argumentum à contrario ſenſu, quale hoc eſt, ratione in contrarium adducta, infringatur, certum eſt, non omne quod neceſſarium eſt eſſe ſtatim rei partem eſſentialem, præſertim ſi neceſſitas illa non ſit abſoluta, ſed ex hypotheſi. Quamuis enim libenter fateamur, ex ciuili inſtituto, veluti apud Athenienſes atque ita ex hypotheſi, interdum vero propter latitudinem Imperij leges, vt in omnium veniant notitiam conſcribere neceſſe eſſe: attamen ea neceſſitas ex accidenti dependet, & perpetua non eſt, nec vniuerſalis; multo minus abſoluta, vnde non poſſit inferri ſcripturam eſſe de legis ſubſtantia, adeoque hic locum habebit illud, multa requiri ad legis exiſtentiam, quæ tamen non requiruntur ad legis eſſentiam.

Ad octauum reſpondetur in illa *l. 8. C. de legib.* formam non accipi pro cauſa interna & eſſentiali, ſed pro externo modo legis conſtituendæ & promulgandæ, quem deinceps Impp. Theodoſius & Valentinianus obſeruari voluerint, nempe vt lex noua non tantum à Conſiliarijs principalibus, ſed à toto Senatu vrbis Conſtantinopolitanæ tractetur, & ſi vniuerſis tam Iudicibus quam Senatoribus placeat, tunc dictetur & conſcribatur, & ſi ea denuò, collectis omnibus, recenſeatur, & cum omnes conſenſerint, tunc demum in ſacri principis Conſiſtorio recitetur, vt omnium conſenſus principali authoritate firmetur: authoritas quidem principis expreſſa ad conſtitutionis eſſentiam omnino requiritur; reliqua vero omnia de eius eſſentia eſſe nemo dixerit.

Ad nouum reſpondetur: Ex illa *Nouella 66.* hoc tantum probari, quod ſcriptu-

ſcriptura ex ciuili Iuſtiniani inſtituto ad promulgationem legis, tanquam cauſa inſtrumentalis, requiratur; quod vero pars eſſentialis ſit legis exinde nequaquam elici, cum ipſa promulgatio legis magis ad effectum eius requiratur, quam quoad ad eſſentiam.

Ad poſtremum reſpondetur, Eas legis deſcriptiones, ipſo Cicerone teſte, eſſe populares, non autem accuratas legis definitiones, cum forma legis conſiſtat in ſanctione, ſeu in expreſſa iuſſione eius, qui legis condendæ poteſtatem habet.

Pari modo non refragantur argumenta ſecundæ opinionis: nam primum deductum ex contrario ſenſu. *Nouell. 66.* quod hic non procedit ob orationem euidentem, pro noſtra ſententia paulò ante adductum: nec eſt alia illorum verborum ſententia, quam quod ſi ſemel placuerit, ſemel conſtituta fuerit huiuſmodi lex; huiuſmodi ſcilicet, cuius antea mentio fuerit facta, hoc eſt, vt teſtator manu propria ſubſcribat teſtamento; ſubſcribendi verbo vtitur, quia aliter non ſancitur, non conſtituitur lex, niſi mediante ſcriptura, vt ita *d. Nouell. 66.* potius pro noſtra ſententia faciat.

Ad ſecundum reſpondetur, ſolam voluntatem principis pro lege eſſe, his, quibus innotuit: at populo ſine ſcriptura innoteſcere non poteſt. Igitur antequam per ſcripturam publice promulgetur, ijs non erit pro lege: voluntas principis pro lege eſt, legitime promulgata, declarata & manifeſta, *Nouella 66. cap. 1. §. 12. & 13.* Et ſane, ſi principis voluntas lex eſſet, antequam promulgaretur, tenerentur illa ante promulgationem omnes: leges enim ſunt præcepta omnibus communia *l. 1. pr. ff. de legib.* & conſequenter, omnes eam legem nondum promulgatam, violantes (licet principis voluntatem ignorent, & licet eam ante promulgationem cognoſcere non potuerint) puniendi erunt: at conſequens hoc durum eſt, crudele & inauditum: ergo & antecedens.

Ad tertium reſpōdet Niellius; γράφειν non præſcibere ſignificare, ſed ſcribere, idque ex omnium lexicographorum ſententia.

Ad quartum reſpondetur, leges Lacedæmoniorum fuiſſe paucas & breuitate ſingulari conceptas, vt teſtatur eodem in loco Plutarchus. Præterea non opus fuiſſe eas in multorum notitiam venire; ſiquidem conſtet eas leges ſolis ciuibus Spartanis fuiſſe præſcriptas, vt ita difficile non fuerit ſine ſcriptura eas leges memoriæ mandari, & omnibus innoteſcere. Athenienſes autem leges ſuas ſcripto comprehendebant, quia leges non ita paucas, vt Lacedæmonij, nec eadem breuitate conſcriptas habuerunt. Quæ profecto ratio in legibus Romanorum multo fortius militat: nam eorum leges & libri iuris, ante tempus Iuſtiniani, prope erant innumeri, *l. 2. §. 1. C. de vet. iur. enucleand.* ſumma etiam eorum difficultas & obſcuritas, quam arguunt variæ Ictorum diſſenſiones, leges ſæpius rogatę & iterum abrogatæ, nouis conſtitutionibus explicatæ Ad hæc præſcribebantur hæ leges maximæ parti orbis, quæ paruit vni ciuitati Romæ, & licet hodie imperium Romanum, magna ex parte diminutum ſit, non tamen adeo anguſtis finibus eſt coarctatum, vt ſine ſcripto lex in omnium ſubditorum notitiam proueniret: non obſtante igitur contrario Lacedæmoniorum exemplo, hodie ſcriptura eſt de legis ſubſtantia, ſine qua nec lex promulgari, neque ſine promulgatione ſubditis innoteſcere, neque etiam promulgata, memoria ſine ſcriptura retineri poteſt, atque ideo neceſſario ſcripto comprehendi debeat.

Quinti

Quinti argumenti ſolutio dependet ex proxima reſponſione: etenim ſi tam exigua ſit vniuerſitas & leges ita paucæ & breues, vt ad promulgationé ſcriptura opus non habeant, totum argumentum concedi poteſt: nam regulariter actus priuatorum (ciuitates omnes, præter Romanam, priuatorum loco habentur *l. 15. cum ſeq. ff. de V. S.*) ſcripturam non deſiderant *l. 4. ff. de pignor. l. cum res. C. de probat. l. contractus C. de fid. inſtrum.* Eſt porro huiuſmodi lex ſpecialis (cum contra commune ius conſtituatur, nec eorum, inter quos fertur, perſonam egrediatur) proprie loquendo non lex, ſed priuilegium: At vero priuilegia inde dicta ſunt, quod ſint priuæ leges, id eſt, leges priuatorum, legis generalis (de qua nobis eſt quæſtio) condendæ poteſtas iure ciuili eſt penes ſolum Imperatorem, *l. fin. §. 1. C. de ll.* cuius leges ſunt præcepta, ſubditis ipſius omnibus communia: His (vt iam dictum eſt) eius placita ſine ſcriptura innoteſcere non poſſunt.

Ad ſextum reſpondetur: Legis definitiones, quæ extant in *l. 1. & 2. ff. de legib.* non eſſe perfectas definitiones, à legis effectis deſumptas.

Ad vltimum vero reſpondendum eſt, in ea *l. 2.* legem, antequam ſcripto ſeu tabula, publicis locis propoſita, innotuit iudici, appellari eius legem, ſed abuſiue & per anaphoram, relatione ad deſtinationem & voluntatem legiſlatoris, qui legem ea de re vult ſanciri, habita.

Ex his itaque pateſcit, quod ſcriptura, tametſi non ſit pars ſubſtantialis legis, ſiue iuris ſcripti; ſit tamen adiunctum ipſius neceſſarium, vt ſine qua lex ſancita promulgari inq; notitiam ſubditorum peruenire & legis vim atque robur obtinere nequeat.

Illud expeditum eſt, quod leges non ad præterita trahantur negocia, ſed futuris negociis formam atque normam præſcribant: idque ex omnibus illis legibus relucet, quibus vt quid in poſterum obſeruetur, præcipitur, vt in *l. 3. verb. in poſterum C. de ll. l. 29. verb. quæ in poſterum. C. de teſtament. l. 18. in fine. C. de SS. Eccleſiis l. penult. in fine. C. de decurionib. l. vnic. §. fin. C. de caduc. toll. cap. fin. de conſtitut.* Atque ita quoque in dubio leges præſcribi & ſanciri, intelligi debet: nec tamen putandum eſt, leges quoque nouas ſic ſanciri non poſſe, vt præteritis quoque negotiis, nec amplius pendentibus formam & normam præſcribant; cum ſatis hoc redarguat Conſtitutio Friderici Impp. *in cap. vnic. lib. 2. Feudor. tit. 55. verſ. Nos autem.* vbi Imp. lege lata ſancit, vt non ſolum in poſterum feuda ſine dominorum conſenſu alienari nequeant, ſed prius quoque alienata reuocari debeant: adeoque ad præteritas quoque alienationes ſuam conſtitutionem refert, eaſdemque nullas & irritas eſſe pronunciat.

Atque hoc etiam clariſſimè profitentur Imperat. *in l. 7. C. de ll.* dum in hæc verba reſcribunt: *Leges & Conſtitutiones, futuris certum eſt dare formam negotijs, non ad facta præterita reuocari; niſi nominatim & de præterito tempore & adhuc pendentibus negocijs cautum ſit.* Igitur ad præterita negocia legem, nouiter latam, referri, non debet præſumi: quanquam ad præterita quoque negocia referri queat.

Atque hoc idem quoque in legibus pœnalibus nouis obtinere certum eſt, quicquid etiam Fr. Connanus contra dicat, ſtatuens, pœnam legis nouæ grauiorem ad delicta prius perpetrata extendi oportere. Qu. 33. *An leges nouæ pœnales ad delicta prius perpetrata trahi debeant.*

Primo enim generaliter atque indiſtinctè in *d. l. 7. C. de ll.* cautum & ſancitum eſt, leges nouas ad præterita negocia non referri, ſed præſentibus duntaxat negociis formam dare. Hoc igitur

gene-

Digitized by Google

generaliter de legibus dictum, etiam ad pœnales leges referri debet, vt quæ odioſæ ſint & propterea non extendendæ, ſed reſtringendæ *cap. odia de R. Iur. l. 42. ff. de pœnis l. 155. §. fin. ff. de Reg. Iur.*

Deinde pro confirmanda hac ſententia inprimis facere videtur *l. 1. ff. de pœnis*: nam ibi in irrogandis pœnis non ſpectatur conditio delinquentis, quæ nunc eſt, cum ſententia fertur, ſed quæ fuit, cum delinqueret: ita vt ſi ſeruus crimen commiſerit, poſtea libertatem conſecutus fuerit, eam pœnam ſuſtinere debeat, quam ſubiret, ſi in conditione priore duraſſet: proinde ſicut genus pœnæ quod quis deliquendo promeritus erat, non mutat conditio delinquentis ſuperueniens: ſic quoque lex noua pœnalis, poſt patratum delictum ſuperueniens, pœnam quam quis iam tum delicto erat promeritus, non mutat; nec tẽpus ſententiæ, ſed tempus delicti in pœna irroganda ſpectari debet; ſic vt ea delinquenti infligatur pœna, quam ſuſtineret, ſi eo tempore eſſet ſententiam paſſus, cum deliquiſſet.

Sed tamen Franc. Conanus *1. com. 9. n. 10.* in contrariam ſententiam diſcedit, ſtatuens ſi noua lege, pœna alicuius delicti exaſperata fuerit, & aucta, eam in delictis quoque ante nouam legem perpetratis, ſed nondum vindicatis, locum habere, idque ſequentibus hiſce fundamẽtis obtinere conatur.

1. Si poteſt Iudex exacerbare ſupplicia, cum multis graſſantibus, opus eſt exemplo *l. aut facta. §. fin. ff. de pœnis.* Multo magis id lege fieri poterit: ſi item Iudex remittere aliquid de pœna poteſt, non nunquam aliqua de cauſa is, qui iudicat, multo magis hoc lex poterit.

2. In *l. vlt ff. ad leg. Fabiam de plagiar.* hæc eadem ſententia confirmari videtur: nam cum plagiarij damnari ſolerent in metallum, conſtituit, vt qui poſtea huius criminis rei oblati eſſent, liberi ad gladium, ſerui ad beſtias damnarentur; *Eos autem qui pro hoc crimine iam in metallum dati ſunt, nunquam reuocari præcipimus, aiunt ibi Impp.* Ergo qui nondum iudicati erant, noua pœna erant afficiendi.

3. In *l. vlt. C. de pact.* Iubet Imperator pacta de viuentis hæreditate iam tum inita, reſcindi.

4. Et lex commiſſoria in pignore iam facta, irrita pronunciatur in *l. vlt. de pacto legis commiſſoriæ*, in qua Conſtantinus ait, *Cum præteritis præſentia quoque depellit & futura prohibet.*

5. Et Imperator Fridericus in *tit. 55. lib. 2. Feud.* alienationes feudorum non modo in poſterum prohibet, ſed & factas iubet caſſas eſſe atque irritas.

6. Et quod legi quoque ſit aliqua in præteritum authoritas, inde liquet, quod ante acta confirmet, aut ignoſcat & condonet, quod dum facit, videtur prohibere in poſterum *l. 22. ff. de legib.*

Ex his itaque ſequi videtur pœnales nouas leges ad præterita quoque delicta referendas, ac delinquentibus non eas pœnas infligendas, quæ legibus delicto præfinitæ fuerunt tempore delicti admiſſi, ſed quæ noua lege introductæ ſunt.

Sed hæ leges, ſi recte conſiderentur, nihil quicquam faciunt pro Conani ſententia: non enim probant, quod intendit Conanus, quod nempe leges nouæ pœnales ad delicta, prius etiam patrata, referri debeant; ſed quod lex pœnalis ita ferri poſſit, vt ad delicta, etiam præterita referatur; id quod & nos vltrò largimur, & egregiè confirmat *d. l. 7. C. de legib.* vbi Impp. ita ſanciunt: *Leges & Conſtitutiones futuris certum eſt dare formam negotijs, non ad facta præterita reuocari*: niſi nominatim & de præterito tempore & adhuc pendentibus negotijs cautum ſit.

Quocirca diſtinguendum eſt in propoſita quæſtione, ſic vt ſi nominatim

& expreſſe in lege pœnali de præterito etiam tempore atque delictis iam prius admiſſis cautum ſit, tum ad delicta quoque præterita referatur: ſin vero nihil de eo cautum reperiatur, tum non ad præterita, ſed ad futura ſolum delicta referatur lex noua pœnalis; qua diſtinctione res omnis expedita & difficultas omnis ſublata videtur.

Ex hoc porro principio rectè deducit Autor noſter, quod inſtrumenta de vſuris maioribus ante legem vſurariam latam, confecta, etiam nunc paratam executionem in totum habeant. Id quod etiam diſertè confirmat *l. 27. C. de vſuris*, vbi Iuſtinianus cauet, vt antea conſtitutæ vſuræ ex lege pacti ſoluantur, vſque ad diem, quo facta eſt conſtitutio: poſtea ad modum conſtitutione præſcriptum debeantur.

Lit.C. Ius porro ciuile non ſcriptum moribus tacitoque populi conſenſu introductum dicitur, *in l. 32. & l. pen. ff. de legibus. § 9. I. de iur. nat. gent. & ciuil.* de quo iure, quomodo conſtituatur ac introducatur, quænam [illegible] & autoritas, mox in ſequentibus dicemus, pergamus nunc diſſerere de iure ſcripto eiuſdemque ſpeciebus, ſeu partibus.

Lit.D. & E. Lex in genere [illegible] eſt [illegible] ſcriptum, [illegible] habet [illegible] ex eo [illegible] ſter appellatur, *[illegible] cap. 13.* vnde [illegible] leges [illegible] Decretum [illegible] tur *cod. cap. 13.* [illegible] poteſtatem [illegible] ſint [illegible] D[illegible] *[illegible] 12.*

Obſeruandum porro eſt legis nomen triplicem habere ſignificationem: nam primò generaliſſimè ſumptum, quoduis ius denotat, ſiue ſcriptum ſit, ſiue non ſcriptum, *§. conſtat. 3. I. de iur. nat. gent & ciuil.* vbi Iuſtinianus ait *legum alias eſſe ſcriptas, alias non ſcriptas.* Secundo lex, ſpecialius dicta, ius ſcriptum denotat; idque tot in locis, in quot lex conſuetudini opponitur *l. 32. ff. de legib.* Tertio ſpecialiſſime ſignificat illud ius ſcriptum, quod populus Romanus Senatorio magiſtratu interrogante, veluti Conſule conſtituit. *§. 4. I. de iure natur. gent. & ciuil.*

Initio itaque penes populum fuit talem condere legem, quam poteſtatem tandiu obtinuit donec lege Regia in Imperatorem omne ſuum imperium; adeoque & poteſtatem condendi legem tranſtulit: ex eo enim tempore non amplius populus, ſed Princeps Romanus legem vniuerſalem condere conſueuit: ſub Iuſtiniano quoque poteſtatem condendi legem vniuerſalem penes ſolum fuiſſe Imperatorem, ipſe luculenter teſtatur in *l. fin. C. de legib.* quanquam humanum atq; [illegible] Reipubl. eſſe agnoſcat, legem nouam & vniuerſalem non ſine procerum Imperij aſſenſu & conſilio ferri *l. humanum 8. C. de legib.*

Sic & hodie Imperator Romanus in Imperio vniuerſo legem quidem vniuerſalem condit, ſed cum aſſenſu & conſilio Electorum ac Principum Imperij: eiuſmodi leges in Comitijs Imperij conditæ, atque in ſcriptum redactæ [illegible] Imperij [illegible] Comitiorum appellantur. [illegible] abſ[illegible].

Cæterum ex hoc vide [illegible] cum [illegible], ſtatum Imperij Romani Germanici non eſſe Monarchicum, ſed Ariſtocraticum, [illegible] Monarchia non rectè definitur a Bodino [illegible] in qua ſumma ſit Reipublicæ poteſtas: ſed rectius cum alijs, quod ſit ſtatus gubernationis quo vnus ſecundum leges & mores regni regnat, vel quod ſit Reſpublica vbi vni alicui præcipua gubernationis ſeu adminiſtrationis cura commiſſa eſt.

Nullum etenim Imperium, nullum regnum

regnum (ſi Turcicum exceperis) extitit vnquam, in quo penes vnum ſolum ſumma legibuſque abſoluta fuerit Reipublicæ poteſtas: quin potius vniuerſa totius mundi regna & imperia oſtendunt, præcipuam quidem regnandi poteſtatem & curam penes vnum (qui imperij ſit caput) eſſe oportere, ſic tamen vt eum & procerum Imperij, in Republica adminiſtranda, conſilio vti oporteat.

Sic igitur, etſi in lege vniuerſali ferenda, penes Imperatorem ſolum, non ſit plena & ſumma poteſtas, ſed conſilio & aſſenſu Electorum ſtatuumque imperij legem ferre teneatur, ex eo tamen inferre minime licet, ipſum non eſſe Monarcham.

Sed hanc quæſtionem hoc loco plene tractare non eſt noſtri propoſiti, cum & Autor noſter eam incidenter ſolum attigerit: alibi oportunior & melior offeretur de ea diſſerendi occaſio.

Lit. F. G. & H. Cum autem per legem Regiam in Imperatorem omne imperium ſuum omnemque poteſtatem populus tranſtulerit, multi opinantur, Principem, ex huius poteſtatis plenitudine hoc ius in priuatorum ac ſubditorum bona obtinere, vt pro lubitu ſuo ea ſubditis auferre queat; de qua opinione quidnam ſit habendum, videamus: nititur autem his ſequentibus argumentis.

1. Quod Principi placuit, legis habet vigorem *l. 1. ff. de conſtit. princip. §. ſed & quod principi. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* Quapropter ſi principi placuerit ſua alicui auferre, id fas erit, ac pro lege obſeruabitur.

2. Hinc etiam in *l. 2. §. ſi quis à principe. ff. ne quid in loco publico:* ſancitum ac conſtitutum legitur, permiſſu principis poſſe aliquem in loco publico, etiam cum incommodo alterius ædificare, quod ſane probat principem poſſe priuato, etiam inuito ius ſuum tollere aut imminuere.

3. Et in *l. 3. C. de crim. ſacrileg.* Imperator aperte ſcribit: *De poteſtate ſummi principis dubitare, aut diſputare ſacrilegij inſtar eſſe.* Et quis igitur dubitaret, quin princeps de plenitudine poteſtatis priuato ſuum auferre, ac ſine facto illius transferre ad alium poſſet?

4. Accedit quod Pontifex maximus, cui Imperator in temporali iuriſdictione æquiparatur in *c. 4. de conceſſ. præb.* ex plenitudine poteſtatis, ſe ſupra omne ius diſpenſare poſſe, diſertis verbis teſtetur. Quo etiam pertinet illud, quod dicitur in *cap. Nemo dubitabit. & in cap. cuncti per mundum cauſ. 9. q. 1. & in cap. ſit Papa 6. diſtinct. 4. cap. ſatis euidenter. 7. diſtinct. 96.* Pontificem, tanquam Deum, ob facta ſua à nemine reprehendi aut iudicari poſſe: cur igitur non poſſet princeps, ex poteſtatis ſuæ plenitudine, priuatum ſuumque ſubditum ſuo priuare?

5. In *l. 5. ff. de Natal. reſtit.* libertus ingenuitate donatur à Principe, patroni cõſenſu etiam non accedente: aufert itaque princeps à patrono ius patronatus; & cõſequenter ius alteri quæſitum, ſine facto eius, ad alium transferre poteſt.

6. Minor ex contractu læſus, authoritate principis contra contractum in integrum reſtitui poteſt. *tot. tit. C. de reſtit. in integr. minor.* Sed ex eo contractu tertio, qui cum minore contraxerat, ius quæſitum ex eo contractu, per in integrũ reſtitutionem aufertur. Ex quo ſequitur, authoritate principis aliquem à iuris ſui perſecutione repelli, ſuoque priuari poſſe.

7. Atque huc pertinet etiam *l. 23. ff. de aqua pluu. arc.* in eo ſiquidem titulo cauetur, vt aduerſus eum, cuius opere aqua pluuia alteri damnum dederit, actio competat illi, cui damnum datum eſt: iam vero Paulus *in d. l 23.* ſcribit quod Principis aut Senatus iuſſu opus factum fuerit, in hoc iudicium non venire: vnde colligitur, etiamſi opere Principis aqua pluuia damnum dederit, non tamen eo nomine priuato, qui

Digitized by Google

damnum eſt paſſus, ad reſarciẽdum iſtud damnum, vllam competere actionem.

8. Eodemque ſpectat *l. 2. de fluminibus*, in qua Pompon. ſcribit: nihil impedire, quo minus ex flumine ducatur aqua; niſi Imperator, aut Senatus vetet. Quocirca ius ducendi aquam ex flumine publico, cuiuis competens, poteſt Princeps alicui auferre.

9. Si Princeps potentior eſt iure ciuili, tum poterit vel ſaltem Dominium iure ciuili acquiſitum auferre: verum autem eſt prius, cum ſit ſupra legem ciuilem, eamque explicare poſſit & abrogare *l. fin. C. de legibus*, ſequitur itaque poſterius.

10. Si Princeps legibus eſt ſolutus, tum ſoluta quoque erit eius poteſtas, poteritq; priuato ſuum auferre: atqui Princeps legibus ſolutus eſt, *l. princeps ff. de legibus*. Ergo Princeps, vi huius ſolutæ ac plenariæ poteſtatis, poterit ſuum priuato ac ſubdito auferre.

11. Principum poteſtas eſt regia. *l. 1. ff. de conſtit. princip §. ſed & quod princip. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* At regia poteſtas eſt ſoluta *l. 2. §. 1. de orig. iur.* quo in loco dicitur: Reges omnem poteſtatem habuerunt, item omnia manu à regibus gubernabantur.

12. Populus Romanus ei, hoc eſt Principi, & in eum, hoc eſt, in ſe, omne imperium conceſſit *l. 2. de conſtit. princ. §. ſed & quod princ. Inſt. de iur. natur. gentium & ciuil.* Quod ſi itaque *omne ius* ſuum populus in Principem ſuum transtulit, ergo & hoc, vt Princeps poſſit, ex plenitudine poteſtatis, ſuum ſubditis auferre.

13. Si pater in filium, Dominus in ſeruum, habuit iure Romano ſolutam poteſtatem, vt ne cauſa quæreretur ab illis, qui aliquid in ſeruos filioſque conſtituiſſent; ſequitur, quod Princeps in ſubditos ſuos ſolutam habeat poteſtatem: cum Princeps ſit pater patriæ: atqui verum eſt illud, Ergo & hoc.

14. Si Princeps potuit generaliter conſtituere de transferendo dominio rei alienæ à ſe, vel à fiſco ſuo venditæ, aut donatæ, tum valet per eandem poteſtatem res alio quoque modo ſubditis interuertere, atqui verum eſt prius ex *l. 2. & l. 3. Cod. de quadrien. præſcript.* ergo eſt poſterius.

15. Cum Imperator ſit Dominus mundi *l. 9 ff. ad l. Rhodiam. de iact.* atque omnia, quæ in mundo ſunt, Cæſaris eſſe intelligantur, *l. bene à Zenone. C. de quadr. præſcript.* Cur de illis diſponere, pro arbitrio, non poſſet? cum priuato cui ius libera ſit de re ſua diſponendi facultas *l. 13. C. mandat.*

16. Confirmare denique videtur hanc opinionem vel imprimis textus *cap. 8. lib. 1. Samuel.* vbi Samuel iura Regis deſcribens; *Hoc*, inquit, *erit ius regis, qui imperaturus eſt vobis: filios veſtros tollet & ponet in curribus ſuis, facietque ſibi equites ac præcurſores quadrigarum ſuarum, & conſtituet ſibi tribunos & centuriones, & aratores agrorum ſuorum & meſſores ſegetũm & fabros armorum & curruum ſuorum: filias quoque veſtras faciet ſibi vnguentarias & focarias & panificas: agros quoque veſtros, & vineas, & oliueta optima tollet & dabit ſeruis ſuis: ſed & ſegetes veſtras & vinearum reditus addecimabit, vt det Eunuchis & famulis ſuis: ſeruos etiam veſtros & ancillas & iuuenes optimos & aſinos auferet & ponet in opere ſuo: greges quoque veſtras addecimabit, voſque eritis ei ſerui.*

Cæterum contraria opinio, quod nempe principi non competat huiuſmodi ſoluta poteſtas, qua poſſit ſubditos, pro lubitu ſuo priuare, longè verior eſt & humanitati, æquitati, legibus diuinis & humanis multo conuenientior.

1. Cum enim Achab Rex Iſraelis vineam Nabothi vi atque iniuria occupaſſet,

cupaſſet; non ſolum ipſe grauiſſime à Deo fuit per Prophetam reprehenſus 3. *Reg. 31.* ſed etiam poſteritas eius grauiſſimas flagitij huius pœnas luit. 4. *Reg.* 10.

2. Hinc etiam *Ezechielis c. 46. v. 18. Non accipies*, ait Propheta, *de hereditate populi per violentiam & de poſſeßione; ſed de poſſeßione ſua hereditatem dabit filijs ſuis, vt non diſpergatur populus meus vnuſquiſque de poſſeßione ſua.*

3. Quare & Deus per Moyſen *Deuter.* 17. hanc legem regi, populi Iſraëlitici, præſcripſit: *Cum fuerit conſtitutus rex, non multiplicabit ſibi equos, nec reducet populum in Ægyptum equitatus numero ſubleuatus; præſertim cum Deus præceperit vobis, vt nequaquam amplius per eandem viam reuertamini: non habebit vxores plurimas, qui alliciant animam eius: neque argenti & auri immenſa pondera: poſtquam autem ſedet in ſolio Regij ſui, deſcribet ſibi Deuteronomium, legis huius in volumine, accipiens exemplar à ſacerdotibus Leuiticæ tribus & habebit ſecum, legetque illud omnibus diebus vitæ ſuæ, vt diſcat timere Dominum Deum ſuum & cuſtodire verba & ceremonias eius, quæ in lege præcepta ſunt, nec eleuetur cor eius in ſuperbiam ſuper fratres ſuos, neque declinet in dexteram, aut ſiniſtram partem, &c.*

4. Et congruit hæc ſententia legi etiam naturæ, cuius præceptum atq; principium eſt, Alterum non eſſe lædendum, ſuum cuique tribuendum *L. 10. ff de Iuſtit. & iur. §. 3. Inſt. eod.* Iam vero princeps legibus naturæ æque eſt adſtrictus, atq; alius quiuis.

5. Inſuper non amplius princeps eſt; ſed tyrannus, qui naturæ leges, atque limites iuſtitiæ tranſgreditur *cap. 12. cauſ. 2. qu. 1.* Atqui hoc facere principem, dum ſubditis ſuum, abſq; cauſa aufert, proxime dictum fuit.

6. Et ideo etiam Theodoſius & Valentinianus Impp. *Reſcripta contra ius elicita, quæ alium lædant, iubent ab omnibus iudicibus refutari l. 7. C. de precibus Imper. offer.*

7. Et in *l. 5. pr. ff. de Natal. reſtit.* ait Modeſtinus: Libertum debere natalibus reſtitui, *conſentiente Patrono*, quia ius Patroni, natalium reſtitutione impetrata, amittatur. Ex quo haud obſcure colligitur, Imperatores non velle, nec poſſe abſque iuſta & legitima cauſa ſubditis aliquid auferre, aut ius eorundem minuere.

8. Idemque manifeſte confirmat *l. 3. C. de reſcind. vendit.* in qua Dioclet. & Maxim. Imper. *De contractu*, inquiunt, *venditionis & emptionis, iure perfecto, alterutro inuito nullo recedi emptore bona fides patitur, nec ex reſcripto noſtro.* Ex quo perſpicuum euadit, Imperatores nolle ſuo reſcripto quicquam priuatis præiudicari, aut ius ipſis quæſitum auferri.

9. Et manifeſtius adhuc idipſum ſignificatur in *princ. cap. vnic. tit. 7. lib. 1. feud.* vbi negatur principem poſſe ſine culpa deueſtire, quos antea inueſtiuit. Ergo multominus poterit princeps ſubditos re ſua priuare, in qua ipſe nihil iuris obtinet.

10. Et omnium manifeſtiſſime Iuſtin. in *titu. Inſtit. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, expreſſe teſtatur ac proteſtatur, *Nolle ſe cuiquam ius ſuum detrahere.*

11. Poſtremo accedit & hec ratio, quod eam poteſtatem populus Romanus in principem tranſtulerit, quam ipſe in ſingulorum ciuium bona habuerit §. *ſed & quod princip. Inſtit. de iure nat. gent.* Populus autem Romanus nunquam habuerit tantam in ciuium bona poteſtatem, vt de illis, pro arbitrio ſuo, ſtatuere, ac diſponere potuerit. Quare idem nec principi, quantumuis poteſtatis ſuæ plenitudine vtatur, licebit.

Ad primum igitur contrariæ opinio-

nis argumentum reſpondetur: non omne quod Principi placuit, legis habere vigorem, ſed id demum, quod 1. principi animo condendi legem placuerit. 2. Quod Reipublic. ſit vtile, aut vtile eſſe poſſit, 3. Quod cum honeſtate & iure naturali ac diuino non pugnet, 4. Et denique per quod nemini ſuum detrahatur *argument.l.10. de Iuſtit.& Iur.* §.*3. Inſtit.eod.l.7.Cod.de precib. Imp. offerend.* Deinde illud quoque obſeruandum, verbum *placet*, hoc in loco, non ſignificare quid abſolutum, ſed arbitrium boni viri.

Et quamuis à quibuſdam hic regeratur: quæuis principum placita vim legis habere, quia etiam tyrannorum conſtitutiones vigorem legis habeant. Et cum in *l.8.C. de legibus.* Imperator dicit humanum eſſe in legibus ſanciendis adhiberi Conſiliarios, videatur tacite innuere, id neceſſarium non eſſe.

Reſpond. Attamen reſcripta & leges tyrannorum ſic demum vim legis obtineant ſi honeſtati, bonis moribus, rectæ rationi non repugnent, nec vtilitati Reipublicæ (cuius ſalus eſt ſuprema lex) nec æquitati (cui omnes leges conformes eſſe debent) contrarientur. Et quanquam fortaſſis in lege ferenda, ac ſancienda, non ſemper neceſſarium eſſet conſiliarios adhiberi: nihilo tamen minus conſtitutio Principis aliter vim legis non habebit, quam ſi cum æquitate, vt dixi, cum honeſtate & vtilitate publica coniuncta ſit.

Ad ſecundum reſpondet Gloſſa, diſtinguendo inter magnum & paruum præiudicium, ſic vt hoc conceſſum ſit principi: atque de hoc modico præiudicio loquatur *d.l.2.* Magnum vero præiudicium non item, per argumenta modo à nobis adducta.

Verum reijcit hanc reſponſionem Arius Pinellus *in rubric. de reſcindend. vendit. part.1. cap.2. num.8.* Propterea quod textus *dict.l.2.* nihil diſtinguat inter magnum & modicum præiudicium, tum etiam quia in his, quæ iuſtitiam concernunt etiam parua attendantur *l. & in maioribus.20. Cod.de appellationib.* quibus accedit, quod fundamenta noſtræ opinionis æque probent, principem non poſſe in modicis præiudicare, atque in magnis, rectius proinde reſpondetur; quod cum cuiuis, etiam priuato liceat in ſuo ædificare, cum damno alterius *l.9. l.11. ff.de ſeruit. vrban. prædior.* idcirco etiam principi in loco publico, qui ipſius eſt *l.1.ff.de conſt. prin.* liceat cum alterius detrimento ædificare, ac conſequenter hoc ius, ſibi competens, in alium transferre *l.in re mand. C. mandati.*

Vel dicendum eſt cum Henrico Bocero, Vlpianum Iuriſconſultum in *d.l.2.* loqui de incommodo, quod per principem alicui priuato aufertur, & alij conceditur, non iniuria, ſed iure, quia quando in loco publico principes permittit alicui ædificare, ſuo tum iure vtitur: quandoquidem diſponendi ius de loco, de aqua, deque via publica, optimo iure principi competit. *l.14.* §.*2.ff. de ſeruit.l.1.* §.*43. de aqua quotid.* quocirca ſi princeps alicui ius concedit in loco & aqua publica ædificandi, nemini per hoc iniuriam facit *l.8 C.de ſeruit. & aqua.* cum ſuo iure vtatur.

Ad tertium reſpon. ipſam *l.3. C.de crimin. ſacrilegij*, ſeſe reſtringere ad ea, quæ in tertij præiudicium, ſiue detrimentum non tendunt: vtputa ſi Princeps in Conſiliarium, vel ad ſimile aliquod officium adminiſtrandum delegiſſet talem, qui vel per ætatem, vel propter rerum imperitiam oneri ferendo impar ſit, de eo diſputare an dignus ſit, nec ne, ſacrilegij inſtar reputatur. Quippe principali iudicio electus eſt, & princeps,

Digitized by Google

ceps, minus idoneo dans magiſtratum, eius ſimul perſonam approbaſſe & legitimaſſe creditur *l. 57. ff. de re iudic.* At longe aliter res ſe habet in ijs, quæ ſine vlla legitima cauſa, ex plenitudine poteſtatis per principem, in graue tertij præiudicium & damnum fiunt.

Ad quartum reſpond. pontificem nullo iure ſibi tantam arrogare poteſtatem, vt contra omnes leges, etiam naturales, diſponere poſſit: cum enim hæ ſint diuina quadam prouidentia conſtitutæ, atque idcirco immutabiles *§. penult. Inſtitut. de iur. natur. Gentil. & Ciuil.* non poterit contra eas quicquam vel pontifex, vel Imperator conſtituere: iam vero legibus naturæ, paulo ſupra oſtendimus, interdictum eſſe ſuum alteri auferre.

Ad quintum reſpond. in adducta *l. 5.* Iuriſconſultum aſſerere, quod Imperatores non ſoleant facile naturalibus reſtituere, niſi conſentiente patrono, id quod ſane noſtram ſententiam confirmat. Cui accedit, quod dictio *niſi* conditionalem faciat diſpoſitionem *l. qui ex duabus §. quidam. ff. de condition. & demonſtration.* conditio autem omnis eſt de forma actus; ac proinde in *d. l. 2.* vult Iuriſconſultus, quod natalium reſtitutio, non conſentiente patrono facta, per ſe & ipſo iure ſit nulla.

Ad ſextum reſpond. Ei, qui cum minore contraxit, hac demum conditione ius quæſitum fuiſſe ex contractu minoris: niſi minor ſe reſtitui impetraſſet; quare cum omnis, qui cum alio contrahit, non debeat eſſe ignarus eius conditionis *l. qui cum alio. ff. de Reg. iur.* idcirco & eum, qui cum minore contrahit, decet gnarum eſſe conditionis eius, vt ſi ex contractu is læſus fuerit, in integrum ac priſtinum ſtatum reſtituatur.

Ad ſeptimum reſpond. *In princip. & §. Caſſius l. 2. de aqua pl. [illegible]* agi de opere, per quod aqua in [illegible] fundum cum damno domini [illegible] ob publicam vtilitatem: [illegible] principem poſſe priuato ſuum [illegible], ſi hoc requirat vtilitas & neceſſitas publica, ſub refuſione tamen & [illegible] iuſti precij, in proxime ſequenti q[illegible] prolixe demonſtrabimus: [illegible] proinde fallacia ſecundum [illegible] interrogationes.

Ad octauum idem plane reſpondendum eſt. Nam & in *dict. l. 2 ff. de fluminibus.* permittitur principi priuatum prohibere ex flumine publico aquam ducere propter euidentem rationem, aut propter Reipublicæ vtilitatem.

Ad nonum reſpond. legem ciuilem eſſe quidem ſub principe; ſic tamen vt eam vel abrogare vel mutare aliter non poſſit, quam ſi euidens Reipublic. vtilitas, vel neceſſitas poſtulet. Adde quod etſi acquiſitio rei ſit iuris ciuilis: rei tamen acquiſitæ retentio ſit iuriſgentium & naturalis, *argum. l. 11. & l. 206. ff. de Regul. iur.*

Ad decimum reſpond. Principem non eſſe omnibus indiſtincte legibus ſolutum: non certe naturalibus ac diuinis; ac proinde contra leges naturales, aut diuinas nõ poſſe ſubdito a principe quicquam auferri.

Ad vndecimum reſpond. regiam poteſtatem nunquam ita fuiſſe ſolutam & plenariam, vt vi eius, potuerit rex ſubditis pro lubitu, abſque iuſta cauſa, ſuum auferre; ſiquidem poteſtas regum non eſt ad malum & iniuriam; ſed ad ſalutem Reipublicæ ac ſubditorum protectionem ab aliorum iniuria, comparata: vnde & plenitudo poteſtatis ſemper intelligitur de poteſtate bona & laudabili: alias non poteſtas foret, ſed tyrannis.

Ad

Ad duodecimum reſpon. Populum Romanum per legem regiam non abſolute omne Imperium, omnemque poteſtatem in principem transtuliſſe; ſed omne Imperium, quod ipſe populus habuit, cum nemo plus iuris in alium transferre poſſit, quam ipſe habet: Atqui populum eam habuiſſe poteſtatem in priuatorum atq; ſingulorum ciuium bona, vt poterit ipſis res eorum, ſine legitima cauſa, auferre, nullibi legitur.

Ad decimumtertium reſpon. Poteſtatem, quam Dominus habet in ſeruos, eſſe diuerſiſſimam ab ea poteſtate, quam princeps habet in ſubditos: ſiquidem ille poteſtatem habuit ac ius vitæ & necis in ſeruos, ſic vt ob cauſam, etiam minus grauem, potuerit Dominus ſeruum impune occidere; quod ſane principi in ſubditos nunquam licuit. Quod vero ad patriam poteſtatem, competebat quidem olim parentibus ius vitæ & necis in liberos: non tamen licebat ipſis bona liberis auferre *princ. Inſtitut. quibus non eſt permiſſum facere teſtament.* Vſque adeo vt nec exheredare potuerint liberos ſine cauſa, legibus probata *l. ri. de libr & poſthum. hered. inſtitu.*

Ad decimumquartum reſpond. publicum fiſci fauorem, vt & Reipublicæ vtilitatem in cauſa eſſe, quod illi, qui res alienas à fiſco emunt, ſtatim fiant domini illarum rerum, ac veteres domini rerum ſuarum dominio exuantur: quo ſcilicet magis homines ad res fiſco delatas, emendas alliciantur, ſi de rei dominio confeſtim ſecuri efficiantur *l. 3 C. de quadrienn. præſcript.* Quanquam non ſimpliciter, nec omnimodo priſtini Domini ſuo dominio defraudentur; cum ipſis intra quadriennium aduerſus fiſcum detur actio, intra quod tempus, ſi iuris ſui perſecutionem negligant, culpa ſane ipſis imputabitur, & conſequenter damnum, quod ſua culpa ſentiunt, ne quidem ſentire intelligentur.

Ad decimumquintum reſpon. Principem eſſe Dominum mundi, quoad iuriſdictionem & protectionem; non etiam quoad proprietatem ſingularum rerum. Quod vero in *d. l. bene à Zenone.* dicitur, omnia eſſe Principis; id non intelligendum eſt de omnibus indiſcriminatim ſubditorum bonis, ſed de Patrimonialibus tantum & Fiſcalibus, de quibus ibidem ex profeſſo agit Imperator.

Ad poſtremum varie reſp. Nam primo Philippus Melanthon. *in Ethic.* Iura illa Regis, quæ recenſentur à Samuele, refert ad tributa & ad alia onera realia & perſonalia, quibus onerant Reges ſuos ſubditos ſolenniter & iuſte.

Secundo reſpondet Lyranus; illum locum Samuelis accipiendum eſſe de caſu neceſſitatis. Sed verior eſt illorum ſententia, qui in illo Samuelis loco ſtatuunt deſcribi mores Regis futuri non qui ipſum doceant, ſed qui Monarchis, vt plurimum ſint familiares, qua de re audiamus inſignes duos ac præclaros ſacrarum literarum interpretes in hunc ipſum locum Samuelis.

Ioannes Brentius, Auguſtanæ confeſſionis Theologus in *d. cap. 8. Homil.* 27. in hæc verba ſcribit: *quid audio*, inquit. *ius ne eſt agros ciuium auferre, & opes eorum attenuare & conferre ad ſuos miniſtros? Ius ne eſt alienis ſeruis & iumentis ad ſua opera perficienda violenter vti? Ius ne eſt ſubditos ſuos omnino ſeruiliter habere, adeoque tyrannice opprimere? Hæc enim in recenſendo Regis iura Samuel commemorat: at hæc potius iniuriam, violentiam & tyrannidem, quam ius quis dixerit: cur igitur Samuel, iuſſu Domini, hæc non iniuriam potius Regis quam ius vocat? Nihil te hæc res torquebit ſi obſerues quos*

Samuel

Samuel alloquatur. Non enim nunc Regem *inſtituit, quod videlicet legitimum & diuinum eius officium ſit erga populum: ſed cum populo ſermonem facit, eumque docet, quid ipſi à Rege ferendum & abſque vlla violenta recuſatione liberandum ſit. Etenim ſi ad Regem orationem habuiſſet, de officio Regio, nimirum propoſuiſſet ei exemplar Regis in lege Domini deſcripti. Admonuiſſet vt non multiplicet ſibi equos, non reducat populum in Ægyptum: non habeat plures vxores, quæ decipiant animum eius, nec paret ſibi immenſam vim auri & argenti, ſed habeat Exemplar Regis ſecum & legat illud omnibus diebus vitæ ſuæ, vt diſcat timere Dominum Deum ſuum, & cuſtodire verbum & ceremonias eius, quæ in lege præcepta ſunt: nec eleuetur cor eius in ſuperbiam contra fratres ſuos, neque declinet in partem dexteram, vel ſiniſtram. Hæc Samuël Regi inculcaſſet: nam hanc boni Regis imaginem lex Domini deſcribit: nunc autem populum alloquitur & officium populi erga Regem edocet: crudelem ergo tyrannidem in ſubditos ius Regis vocat: non quod pio Regi ea tyrannide in ſubditos ſuos graſſari liceat; ſed quod ſubditi Regem ſuper ſe eligentes & Dominum ipſi conferentes iure talem tyrannidem ferre debeant; nec liceat eis, vt violenter reſiſtant,* Hactenus *Brent.*

In eandem fere ſententiam ſcribit etiam *Lucas Oſiander in Comment. ſupr. dict. cap.8. Verum tamen,* inquit, *prius conteſtare eas (Iſraëlitas) & prædic. eis ius Regis, qui Regnaturus eſt ſuper eos, id eſt, commemora illis, qui ſoleant eſſe fere Regum mores quomodo ſoleant ſubditos tractare.* Was etlicher König/ Fürſten vnnd Herꝛn Gebrauch ſey/ *(iudicium enim hoc loco, vt & alijs ſcripturæ locis morem vel modum ſignificat, quo aliquid fieri ſolet) deſcribuntur autem paulo poſt Regis mores non qui ipſum doceant; ſed qui Monarchis vt plurimum ſint familiares. Idque facit Samuël, vt populus vel commemoratione periculorum & onerum, à ſtulto conſilio petendi Regis deſiſtat, vel certe poſtea ſibi ipſi calamitates ſuas acceptas ferat.* Hæc ille.

Et ſane reſponſionem hanc mire confirmat, quod *Deuteron.17.* pij Regis officium longe aliter à Domino deſcribitur, quod videlicet Rex non debeat habere argenti & auri immenſa pondera, nec debeat cor eius eleuari in ſuperbiam ſuper fratres ſuos.

Deinde ſi hoc veri Regis ius & officium fuiſſet, quod depingitur *1. Samuël cap.18.* abſque dubio Achabus, ob Nabothi vineam direptam reprehenſus, pro ſe allegaſſet, & iure optimo vineam diripere potuiſſet, vel reſiſtentem Nabothum interficere.

Nec obſtat huic, quod populus dicit ipſe ad Samuelem: *pone nobis Regem, ſicut omnes gentes*: reges autem gentium tales proculdubio fuerint, quibus eſſet pro ratione voluntas. Reſp. Nam verba illa (pone nobis Regem, ſicut omnes gentes) non ita accipi debent, quaſi populus Iſraëliticus talem voluerit Regem, qualem cæteræ habeant gentes, ſed quod ſolum cæterarum gentium exemplo Regem ſibi poſuerint; ſed abſque dubio talem, qualem Deus deſcripſerat *Deutero.* 17. Deinde nondum probatum eſt, reliquarum gentium tales fuiſſe Reges, qui tantam ſibi in ſubditorum bona vſurparint poteſtatem, quibuſque pro ratione fuerit voluntas: nec enim facile vſpiam populus adeo amens reperietur, qui tantam vnquam deferat Principi poteſtatem; cum imo populus ſemper ponere ſoleat aliquas Principibus leges, vltra quas illis progredi non liceat.

Qu.r.34. An Princeps propter vtilitatē necesſitatē publicam priuatis ius quæſitū auferre poſſit?

Cum igitur, vt modo prolixe fuit demonſtratum, Princeps, ex plenitudine poteſtatis ſuæ, ſubditis non poſſit ſuum auferre, quæritur, anne igitur vel

tunc, quando id vel Reipublicæ neceſſitas poſtulat, vel vtilitas ſuadet, Princeps priuato rem ſuam aut ius quæſitum auferre, vel imminuere.

Affirmatiuam plerique amplectuntur.

1. Quia fauor Reipublicæ tantus ſit, vt merito vtilitati ac commodo priuato anteponi debeat; eo quod, Cicerone teſte, ſalus Reipubl. ſuprema lex eſſe debeat.

2. Quia in *l. Lucius 11. ff. de euict.* proponitur, prædia trans Rhenum ſita, quæ priuatorum fuerant, præcepto principali, partim diſtracta, partim veteranis in præmia fuiſſe aſſignata: hoc propter publicam vtilitatem factum eſſe inde apparet, quia prædia, veteranis data idcirco fuerunt, quo alacrius & cura intentiori Rempublicam defenderent.

3. In *l. ſi verberatum. 15. ff. de rei vindicat.* itidem refert Vlpianus, agrum domino ademptum & militibus aſſignatum fuiſſe.

4. In *l. 2. §. Caſſius ait. ff. de aqua pluu. arcend.* ex ſententia Caſſij aſſeritur, quod ſi publica authoritas, hoc eſt Princeps vel Senatus alicui facultatem dederit opus aliquod inſtituendi, per quod aqua in alienum fundum cum damno Domini immittatur, vel aquæ auertendæ gratia regulariter actio de qua pluuia concedatur: in hac autem ſpecie idcirco denegetur, quia opus, per quod immittitur aqua, publica authoritate ſit factum.

Ex quo colligere promptum eſt, quod publica authoritas, hoc eſt Princeps ob publicam neceſſitatem vel vtilitatem concedere poſſit, cum detrimento domini aliquid immittere.

5. In *l. 9. & l. 14. C. de oper. publ.* permittitur ædificia priuata dirui, propter opera publica extructa vtilitatemque publicam.

6. In omnibus caſibus ſub titulo *Cod. pro quibus cauſ. ſeruit. pro præm.* ſerui propter vtilitatem publicam è manu Dominorum, ipſis etiam inuitis liberantur, & libertate donantur, & per conſequens dominium in ſeruos, Dominis inuitis, propter commodum publicum, Principis facto, aufertur; publice quippe intereſt, multos inuitari quibuſcunque præmijs ad crimina iam delibata, eiuſque generis alia detegenda, quo legitimis pœnis vindicari & coerceri poſſint, *lege quinta, §. ſecundo, ff. ad L. Aquiliam.*

7. In *l. 2. Cod. de comm. rerum alienation.* Fiſcus poſſeſſionem, vel fundum totum, quem cum priuato communem habebat, ſocio inuito, diſtrahere poteſt: Ac proinde ob publicum fiſci fauorem, ius ac dominium tertio, quantumuis inuito, adimitur.

Denique cum quiſque pro ſalute Reipublicæ mortem oppetere ſponte debeat, prout Cicero ait, *lib. 2. de legibus. Reſpublica nomen vniuerſæ ciuitatis eſt, pro qua mori, & cui nos totos dare & omnia noſtra ponere & quaſi conſecrare debemus.* Et idem *lib. 3. de finibus; laudandus eſt,* inquit, *qui mortem oppetit pro Republ. qui docet chariorem eſſe patriam nobis, quam noſmetipſos.* Cum igitur pro Republica ſanguinem quiſque profundere teneatur, quanto magis obligatus erit ad bona caduca, quibus vita hominis longe eſt precioſior, pro ſalute & incolumitate Reip. expendenda.

Veruntamen, quod ob neceſſitatem etiam, vel vtilitatem publicam Principi non liceat priuato ſuum ſubtrahere, niſi iuſto refuſo precio, non ſolum æquius ac humanius, ſed verius etiam atque iuris rationi conuenientius videtur.

1. Nam primo iniquum & iniurioſum foret, vt cum iactura & incommodo vnius, aut quorundam duntaxat ciuium,

uium, non etiam vniuerſorum, publicæ neceſſitati & vtilitati ſubueniretur: cum vt vtilitas & commodum eſt vniuerſorum, ita quoque æquiſſimum ſit, vt non quorundam duntaxat ciuium, ſed vniuerſorum re atque opera quæratur ac paretur: cum & hæc ſit naturæ lex iuſtiſſima & æquiſſima, vt eum ſequantur incommoda, quem commoda ſequuntur, *l. ſecundum 10. ff. de regul. iur.*

2. Accedit, quod nemo debeat alterius cauſa prægrauari, *cap. non debet de regul. iur. in ſext.* Iam vero, ſi ob neceſſitatem, vel vtilitatem publicam quis à re ſua pelleretur, prægrauaretur vtique alterius, conciuium videlicet, cauſa, vt qui neceſſitatem publicam ſolus ferre cogeretur, quam tamen ipſe ſolus non commeruit.

3. Si filius ob Patrem & è diuerſo pater propter filium quicquam ſentire incommodi non tenetur, multo minus ob ſuos conciues quiſquam tenebitur quicquam ſuſtinere damni: cum multo maior & arctior ſit inter Patrem & filium, quam inter conciues coniunctio: ſiquidem Pater & Filius pro vna habentur perſona *l. fin. C. de impub. & aliis ſubſt.* Et pater ac filius in ſecundo humanæ ſocietatis gradu, ciuis vero cum conciue in ſeptimo demum ſit conſtitutus: atqui verum eſt prius, quod nempe filius pro patre non teneatur quicquam ſufferre incommodi *tot. tit. C. ne filius pro patre.* Ergo & poſterius; ac conſequenter non poteſt Princeps, boni publici cauſa, quicquam priuato auferre aut eum prægrauare.

4. Ad hæc ſi etiam tunc, cum ex contractu, cum ciuitate vel vniuerſitate inito, ciues ſigillatim obligantur, non obligantur ſinguli in ſolidum; ſed quiſque illorum pro virili parte, multo minus tunc, quando ciuis plane non eſt obligatus, exigetur ab ipſo quicquam vltra virilem portionem: at verum eſt prius ex omnium confeſſione: ergo ſequitur poſterius.

5. Accedit textus apertiſſimus in *leg. venditor. 13. §. 1. ff. comm. præd.* in quo Vlpianus verbis diſertis ſcribit: *ſi in agro alicuius ſint Lapidicinæ, tunc inuito illo Domino neminem poſſe lapidem cædere, nec priuato, nec publico nomine, niſi prius pro hoc ſalarium Domino præſtet.* Vnde profecto, luce meridiana clarius eluceſcit, nec publico nomine, ſiue, quod idem eſt, propter vtilitatem vel neceſſitatem publicam, quicquam priuato auferri poſſe, niſi iuſto refuſo precio.

6. Idem plane euincit quoque *l. 2. C. pro quibus cauſ. ſeruit. pro præm.* in qua ſerui, qui monetarios adulterinos in publicum deferunt, libertate donantur, inuitis etiam Dominis; ſic tamen, vt ipſi Domini precium ex fiſco recipiant.

7. Atque huc referri debent regulæ illæ iuris, ex medio iure naturæ & æquitate deſumptæ, quod nemo ſit lædendus. *l. 10. ff. de iuſtit. & iur. §. 3. Inſtitu. eod. tit.* nec quiſquam locupletari debeat cum alterius detrimento *l. 14. ff. de condict. indeb. l. 206. ff. de Reg. iur.* neque quiſquam ſine culpa ſua re ſua, ſuoque iure priuari debeat, *d. l. 11. de reg. iur.* ſed ſuum cuique tribui oporteat.

Et quamuis reſpondeatur, ob publicam neceſſitatem à regulis iuris recedi: non tamen exiſtimo tantam eſſe Reipublicæ cauſam, vt eius gratia leges naturæ atque æquitatis regulæ violari poſſint, vbi quacunque ratione ſartæ tectæ conſeruari queunt, vt hic, ſi ei, cui res adempa eſt, vel qui damnum paſſus fuit, id reſarciatur vel contributione conciuium, vel ex fiſco Reipublicæ.

8. Confirmat denique hanc ſententiam non parum *§. fin. Inſti. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Vbi cum D. Pio Anto-

nus Iuſtinianus aperte teſtatur, *Nemini hominum ius ſuum detrahendum*; & ideo, etſi Reipubl. interſit, Dominos in ſeruos ſuos vltra modum ſæuientes, ſeruos diſtrahere: ad hoc tamen non aliter ipſos cogendos, quam iuſto refuſo precio. Nec magnopere refragantur huic ſententiæ, quæ in contrarium fuerunt ſupra adducta.

Quod enim ad primum, reſpon. Salutem quidem Reipublicæ anteferendam commodo priuato; veruntamen exinde non ſequi, quod ob bonum publicum priuatus re ſua ſpoliari poſſit, vbi præſertim abſque eius incommodo aliter Reipubl. conſuli & ſuccurri queat: id quod hic fieri hoc modo poſſe, demonſtrauimus, ſi contributione ciuium, vel e [illegible] damnum illi reſarciatur.

Ad ſecundum reſpon. In allegata *l. 11. ff. de euict.* Prædia Lucij Titij, trans Rhenum poſita, non idcirco fuiſſe [illegible], quia id [illegible], ſiue Dominus [illegible] pro[illegible].

Ad tertium reſpon. In *l. 15. ¶. de rei vindic.* nullum de publica neceſsitate, vel vtilitate fieri verbum; ſed ſimpliciter dici agrum [illegible] aſsignatum fuiſſe, hoc autem [illegible], factum eſſe ob [illegible], [illegible] propter defectionem à [illegible] Romano, cum ex hiſtorijs conſtet, Impp. ſubditis refractarijs [illegible], agros adimere, militibusque, qui bonam ac ſtrenuam nauarint operam, aſsignare conſueuiſſe, [illegible] Agrum Mantuanum militibus, propter defectionem Mantuanorum, ab Auguſto diſtributum, conqueritur.

Et licet Harprecht. in *princ. Inſtit. de rerum diuiſ. num. 102.* hanc ſolutionem propterea reijciat, quod illi, cui ager erat ademptus dicatur, modicum, honoris gratia, datum: ſi autem ob crimen agro priuatus fuiſſet, nihil ei honoris cauſa datum eſſet, *leg. 5. Cod. de L. Iul. Maieſt.* Hac tamen ratione reſponſionem noſtram minime infringi exiſtimo.

Ideo enim in ea lege dicitur aliquid poſſeſſori honoris cauſa datum, quia cum ob crimen potuiſſet, iure, toto agro priuari; idcirco quicquid ipſi datur, id honoris Principis gratia, non aliqua iuſtitiæ regula cogente datum, lucrum non precium æſtimandum eſt.

Quin & poſito eo, non tamen conceſſo, quod in oppoſita *l. 15.* ager non fuerit propter delictum poſſeſſori ademptus. Nihilo tamen magis ſententiæ noſtræ aduerſabitur: quoniam concedimus ob publicam vtilitatem priuato quidem ſuum auferri poſſe, ſed ita tamen, vt iuſtum refundatur precium. *dict. l 2. Cod. pro quibus cauſ. ſerui.* Atqui in *d. l. 15.* modicum poſſeſſori dicitur pro fundo eſſe datum: modicum vero idem, quandoque ſignificat, quod iuſtum, quod moderatum, ſeu quod æquiualens. Vt apud Ciceronem *3. de legib* quæ cum populo, quæque in patribus aguntur, modica ſunto. Et idem Cicero de Senectute: exercitationibus modicis vtendum.

Ad quartum reſpon. Quamuis ei, cui per immiſſionem aquæ publico opere damnum datur, non competat actio de aqua arcenda, id quod ſolum probat *d. §. Caſſius:* Reſtitutionem tamen & recompẽſationem damni dati ei deberi, æquum & iuſtum eſt.

Ad quintum reſpon. ædificia priuata dirui poſſe, quando id Reipublicæ neceſsitas & vtilitas requirit; ſic tamen, vt damni accepti recompenſationem ſentiat, cuius ædes dirutæ fuerunt.

Et

Et quanquam hoc in adductis legibus non exprimatur, ex fundamentis tamen noſtris, modo adductis clare id euincitur.

Ad ſextum reſp. *In tot. tit. C. pro quibus cauſ. ſerui.* Seruos indicantes monetarios adulterinos, ita inuitis Dominis libertate donari, vt Domini illorum precium à fiſco conſequantur, vt expreſſe Conſtantinus ſanciuit in *l. 2. Cod. d. tit.* plane ſicut ex conſtitutione D. Pij, coguntur Domini, qui vltra modum in ſeruos ſuos ſæuierint, ob bonum publicum, bonis & æquis conditionibus, ſeruos ſuos ſic vendere, vt precium ipſis detur, §. *fin. Inſtitut. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.*

Ad ſeptimum reſp. in *d. l. 2. C. de commerc. rerum alienat.* præſupponendum eſſe, fiſcum prius ſocium requiſiuiſſe, vtrū ipſe velit emere partem fiſci nec ne, eumque emere recuſaſſe: hoc enim pacto *d. l. 2. & l. vnic. Cod. de vendit. rer. fiſcal.* vulgo Doctores declarant. Deinde reſponderi poteſt, quod fiſcus rem totam, quæ pro parte tantum eius eſt, diſtrahere poſſit, id per modum condendæ legis fieri, cui legi tacite quiſque qui iura ciuitatis aut municipij conſequitur, aſſentitur. Vt ita propter conſenſum tacitum: non autem efficacia aut operatione immenſi imperij ac ſolutæ poteſtatis ab aliquo res auferatur.

Ad poſtremum reſpondetur: Vnumquemque ciuium teneri quidem pro ſalute Reip. mortem oppetere: ad hoc tamen non vnum ſaltem, ſed omnes ad idem periculum ſubeundum idemque incommodum ſufferendum, peræque obligatos eſſe. Quod ſi autem vnius ſaltem morte Reipubl. ſuccurri poteſt; nemo è ciuibus ad id compellendus; ſed ad hoc gloriæ potius ac virtutis præmiis prouocandus & alliciendus eſt, cuius rei exemplum præbuit Marcus Curtius apud Liuium, & Horatius apud Halycarnaſs. Alia vero ratio eſt huius damni, de quo nunc loquimur, cui, cum omnium ciuium contributione occurri poſſit, vnus certe eo ſolus prægrauari nō debet.

Quatenus vero contractus principis ſit lex, infra dicetur.

Resolvtio Thesis Sextæ.

Etſi vero principis poteſtas non ita legibus ſit ſoluta, vt de bonis ſubditorum pro arbitrio ſtatuere valeat, verum tamen eſt legibus principem eſſe ſolutū, veruntamen ſub diſtinctione: nam primo legibus naturalib⁹ ac diuinis principem eſſe adſtrictum extra omnem dubitationis aleam poſitum eſſe videtur. *Lit A. Qu. 55. Quaten⁹ princeps ſit legib⁹ ſolutus?*

1. Populus ſiquidē Romanus omne imperium ſuum in Imperatorem transferens, ſoluere principem legibus naturæ non potuit, quibus ipſe erat adſtrictus.

2. Deinde cum leges naturales, diuina quadam prouidentia conſtitutæ, ſint immutabiles, ideo vires ſuas in omnes omnino homines exerunt, §. *ſed & naturalia Inſt. de iure nat. gent. & ciuil.*

3. Inſuper lex naturæ inſcripta eſt cordibus omnium hominum *Roman. c. 2. v. 14. & 15.* omnibuſque hominibus data & lata eſt, *l. omnes, 9. ff. de iuſt. & iure.* Igitur & principi.

4. Præterea, quoad ius naturale, omnes homines æqualis ſunt ſortis & cōditionis, *l. quod attinet de R. iur. §. 2. Inſt. de iur. nat gent. & ciuil pr Inſt de libertin.*

5. Quin & Deus ipſe præcipit, vt Rex Iſraelis, ſedens in ſolio regni ſui, deſcribat ſibi Deuteronomium in volumen, accipiens exemplar à ſacerdotibus Leuiticæ tribus & habeat ſecum, legatque illud omnibus diebus vitæ ſuæ vt diſcat timere Dominum ſuum, & cuſtodire verba & ceremonias eius, quæ in lege præcepta ſunt: at plurima in Deuteronomio præſcripta & præcepta, ex iu-

ſponte, ſicut ingenuum animum ac heroicum decet, præſtare debeat.

Sed & hæc opinio non iniuria reiicitur: tum quod à quorundam legum obſeruatione Princeps penitus, atque in totum ſit liber, *l.14 ff. de manum vind. l. quod principi, 56. ff. de legat. 2.* Tum etiam quod inuitus quoque Princeps cogi poſſit ad legum, quibus tenetur obſeruantiam, cũ ei conſtitutus ſit Iudex legitimus, coram quo conueniri poſſit; nempe Elector Palatinus, vt conſtat ex Aurea Bulla Caroli IV. **vom Rechten des Pfaltzgraffen**/ §. *vlt.* Idque ipſum quoque ſatis abundeque cõprobat exemplum Wenceſlai, qui Imperio remotus fuit ab Electoribus, referente *Volaterr. lib 23.* tum quod diſtinctio hæc Scholaſticorum nullibi in iure noſtro fũdetur, ſed potius refellatur per *l. 31. ff. de ll.* Tum denique quod ſi quid hoc argumẽtum concluderet, ſimul etiam efficeret, Principem naturalibus & gentium legibus eſſe ſolutum.

Tertia opinio eſt Donelli, qui *lib. 1. com. 17.* Principem quidem ait legibus dici ſolutum in *d. l. 31. ff. de ll.* propterea quod legibus & ſolennibus iuris ſolutus ſit à populo Romano per legem Regiam; quæ de Imperio eius fuerit lata *l. 1. ff. de conſtit. pr. l. 3. C. de teſtam.* Attamen teneri principem lege etiam ſua: quoniam declarent principes ſe velle legibus viuere, ſtatuentes nil magis conuenire Imperio, *d. l. 3. C. de teſtamen.* §. *fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Quod ſi igitur alias quicquid principi placuit, lex eſt, *l. 1. ff. de conſtit. pr.* etiam hanc principum voluntatem, qua ſe legibus adſtrictos volunt, legem fore; adeoque principes lege quidem regia legibus ciuilibus eſſe ſolutos, verum ex propria ſua lege, eſſe legibus ciuilibus adſtrictos.

Cæterum Donelli opinioni grauiter aduerſatur, quod principes, etiamnum ſe legibus ſolutos eſſe profitẽtur, quamuis ſecundum leges viuant, vt in *d.* §. *fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. 3. C. de teſtam. l. Princeps, ff. de legibus.* Ad fundamentum vero Donelli reſpondetur: principes non velle ſe neceſſitate legibus adſtrictos; ſed ipſis ſuapte ſponte obtemperare, non coacta neceſſitate; ſed voluntario obſequio, quoniam in locis proxime citatis aperte fatentur, quod licet velint ſecundum leges viuere, non tamen illi ſint adſtricti. Sic etiam Iuſtinian. *licet legibus*, inquit, *ſoluti ſimus, attamen legibus viuimus, d.* §. *fin.* Et Alexander Imperator in *d. l. 3. C. de teſtam.* licet lex imperij ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit: nihil tamen tam proprium Imperij eſt, quam legibus viuere.

Vt proinde voluntas illa principum, qua legibus viuere volunt, ipſis neceſſitatem legis non imponat: cum non quæuis voluntas principis lex ſit, ſed illa tantum, quam & ipſe princeps vim & neceſſitatem legis habere voluit.

Quarto ſunt, qui Imperatorem quidẽ legibus ſolutum *videri*: reuera autem non eſſe ſolutum ſtatuant. Et horum fundamentum eſt in *l. Ex imperfecto, 23. in fine, in verb. eas ſeruare leges, quibus ipſe ſolutus videtur, ff. de legat. 3.*

Quæ opinio & ipſa recipienda non videtur, quia hinc inde in legibus dicitur expreſſe, quod princeps ſit ſolutus legibus, vt in §. *fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. 31. ff. de legib. l. 3. C. de teſtam.* quocirca, etſi verbum (*videri*) ſæpenumero improprietatis ſit nota *l. 1.* §. *deieciſſe, 12. ff. de vi & vi armata. l. 139.* §. *1. de V. ſign.* Non tamen raro eſt nota veritatis ac modeſtiæ vt in §. *in bona fides, Inſt. de act. l. 30.* §. *2. ff. ad l. Aquil. l. ſi quis fundum, 37. ff. de contr. empt.* Et quod in *d. l. 23. ff. de legat. 3.* verbum illud (*videtur*) non ſit nota improprietatis, id colligitur ex omnibus illis legibus, in quibus expreſſe dicitur, quod princeps ſit legibus ſolutus.

Quin-

Quinto Græci interpp. Principem aiunt pœnariis, ſiue pœnalibus eſſe ſolutū: cæteris vero adſtrictum.

Verum huic opinioni aduerſatur primo, Quod *l. 31. ff. de legib.* quæ principem legibus ſolutum affirmat, non ſolum generaliter & indiſtinctè loquatur, ſed etiā ſub titulo generali, de legib. ponatur. At vbi lex non diſtinguit, ibi nec noſtrum eſt diſtinguere. Secundo, Quod in *l. 3. C. de teſtam. & §. fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* expreſſè dicatur, Principem legibus teſtamentariis, quæ pœnales non ſunt, item ſolennibus iuris ſolutum eſſe. Tertio, Quod hiſtoria quoque id ipſum refellat, vt quæ teſtetur, Imperatores, & olim ſæpe à Senatu hoſtes iudicatos fuiſſe, vt apud Suetonium in Nerone legitur. Et ferè patrum noſtrorum memoria Venceſlaum Imperatorem ab Electoribus imperio fuiſſe priuatum. Denique quod Imperator & hodie ex Aurea Bulla Caroli IV. **vom Reichen des Pfaltzgraffen** / iudicem habeat Electorem Palatinum.

Sexto Iacobus Cuiacius & qui ipſum ſequuntur, alij, Principem legibus Iulia & Papia, caducariis exiſtimant eſſe ſolutum, cæteris vero alligatū. Primo, Quia *l. Princeps 31. ff. de legibus*, inſcriptio ſit Vlpianus ad L. Iuliam Papiam. Secundo, Quia in *l. 56. ff. de legat. 2.* quæ itidem habet inſcriptionem ad legem Iuliam Papiam, Princeps eximatur Caducariæ legi.

Refellitur autem hæc opinio ex eo: quod principem & aliis legibus quam Caducariis Iul. & Papiæ ſolutum eſſe, euincant, *l. 3. Cod de teſtam. §. fin. Inſtit quibus mod. teſtam. infirm l. 14 §. 1 ff. de manumiſſ. l. 2. 3. ff de legat. 3.*

Nec quicquam mouet inſcriptio *legis Princeps ff. de legib. l. 56 ff. de legat. 2.* Siquidē ex ſingularum legum inſcriptionibus & rubricis non poteſt firmum argumentū duci: quandoquidem nomina Ictorum, nō ad id ſingulis legib9 ſunt ſuper inſcripta, vt leges ex ſententia & intellectu Ictorum illorum intelligi, & iuxta rubricam legum explicari, reſtringi vel extendi oporteat; ſed vt nomina ſolum & memoria iſtorum Ictorum conſeruetur, *l. 2. §. 20. C. de vet. iur. enucl.* alioquin ipſæ leges ex mente ac ſententia Iuſtiniani intelligi debent. Ac proinde cum *d. l. 31. ff. de legib.* generalis ſit & ſub generali titulo de legibus ponatur, par eſt, vt ex mente & ſententia Iuſtiniani Imperatoris, de quibuscunque legibus accipiatur.

Septimo quidam, vt Coraſius *2. Miſcell. 25.* Vaſquius *lib. 1. controuerſ. cap. 26.* ſtatuūt, principem ſolennibus tantum iuris ſolutum eſſe, non autem cæteris legibus ciuilibus. Nituntur autem fundamento *l. 3. C. de teſtam.* vbi expreſſe Alexander Imperator *licet enim*, inquit, *lex Imperij ſolennibus iuris Imperatorē ſoluerit, nihil tamen tam proprium Imperij eſt, quam legibus viuere.*

Cæterum Alberic. Gentil. *diſput. regal. 1.* de poteſtate regis abſoluta, hanc opinionem indignam iudicat refutatione. Et ſanè facillime refellitur ex eo quod in *d. l. Princeps*, abſque diſtinctione ac generaliter dicitur, Principem legibus ſolutū eſſe; quam legem vel idcirco generaliter capiēdam diximus, quod ſub generali titulo *de legibus*, ſit poſita. Accedit, quod etiam in *§. fin. Inſtit quib. mod. teſtam. infirm.* Iuſtin. aſſerat, Principem non ſolennibus iuris, ſed legibus ſolutum eſſe. Et inſuper in *l. 56. ff. de legat. 2.* docet Gajus, Principem legibus caducariis ſolutum eſſe, lege videlicet Iulia & Papia, quæ leges minime erant de ſolennibus iuris.

Nec ad rem pertinet, *d. l. 3. C. de teſtam.* Reſp. Nam Principem ſolennibus iuris ſolutum eſſe concedimus; ſed tamen ex eo non ſequitur, ipſum ſolum ſolennibus iuris eſſe ſolutum, & non etiam aliis legibus ciuilibus. Cur autem Imperator in *d. leg. 3.* tantum ſolennium mentionem faciat, illiſq; ſolutū principē aſſerat: ratio eſt

in promptu, quod nempe ſermo ibi fuerit Imperatori de teſtamento, ratione ſolennitatum imperfecto, in quo Princeps inſtitutus erat, de quo quærebatur vtrum valeret: proinde ad propoſitum ſeſe Imperator accommodans, reſpondet de ſolennibus, quod licet illis Princeps ſolutus ſit: nihil tamen magis proprium Imperij videatur, quam legibus viuere.

Octauò Henricus Bocerus *in tractat. de Inueſtitura, cap. 3. nu. 86.* in hac quæſtione ita ſtatuit, regulam eſſe generalem: quod Princeps legibus ſit ſolutus, *l. 31. ff. de legib.* Et procedere hanc regulam primum in legibus ciuilibus, quæ ad actum aliquem, iuris ſolennia deſiderant, *l. 3. C. de teſtam. l. 19. C. de teſtam. l. Sancimus, 34. in pr. C. de donat. l. 14. ff. de manum.* Secundò in aliis legibus, non requirentibus ſolennitatem, vt ſunt leges Caducariæ, *l. 36. ff. de legat.* Tertiò in legibus de miſſilius non ſpargendis, *Nou. 105.* hanc autem regulam rurſus exceptionem pati. 1. In lege Falcidia, *l. 4. C. ad l. Falcid.* 2. In lege Glicia, *l. 8. §. 2. ff. de inoff. teſtam.* 3. In teſtamento imperfecto, quo Imperatori ſit delata hæreditas, *l. 3. C. de teſtam. §. fin. Inſt quib. mod. teſtam. infir.* Porro cum in numero ll. Ciuiles indefinite ſint ſcriptę, & neq; ad Imperatorem, neq; ad priuatos ſpecialiter directæ: in illis legibus circa propoſitam quæſtionem putat hoc modo eſſe diſtinguendum.

1. Vt ſi leges eiuſmodi quendam actũ requirant ſolennia iuris, tum Princeps legibus illis ſolutus ſit, ſi ipſemet Princeps gerat actum, vt ſc. non teneatur adhibere ea ſolennia; ſed actus principis valeat, etiam ſine ſolennitatibus illis *d. l. 3. C. de teſtam.* Si vero actus ille petatur ab alio, licet concernat idem actus Principem, vt ſi quiſpiam in teſtamento ſuo Imperatorem inſtituat hæredem, aut ei legatũ det, teneri eadem lege etiam Principem, vt ſi is, qui actum gerit, non adhibeat iuris ſolennia, inutiliter agat, licet Principis nomine actus ille fiat, *l 7. C. qui teſt. fac. poſſunt, l. 3. C. de teſtam. l 23. ff. de legat. 3. d. §. fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.*

2. Quod ſi vero leges ciuiles nihil de ſolennibus iuris agant, ſed quid aliud ſpectent; tum, ſtricta iuris ratione inſpecta, Principem legibus hiſce videri ſolutum: at reuera Principem his ſolutum non eſſe, 1. per *l. 23. ff. de legat. 3.* Cum harum legum fons & autor ſit Princeps, non ſibi, ſed aliis eas condidiſſe leges cenſetur: ſiquidem in omni oratione loquẽtis perſona excepta videatur, *l. inquiſitio. 18. C. de ſolut.* & neq; imperare ſibi neq; ſe prohibere quiſquam poſſit, *l. pen. ff. de arbitr.* Verum inſpectà rei veritate, etiam Princeps his legibus ſuis ſit alligatus, *l. vnic. §. ſimulq; modo. Cod. de Latin. libert. toll.*

3. Et cum populus Romanus Imperium ſuum ac poteſtatem contulerit non modo ipſi principi, ſed in principẽ ipſum, vt & is huic etiã poteſtati & imperio ſubſit, *l. 1 in pr. ibi populus ei & in eum, ff. de conſtit. princ. §. ſed & quod principi Inſtit. de iur. nat. gent. & ciuil.* Quare principem legibus dicemus eſſe ſolutum.

4. Quinimò vt populus ipſe ſuis legibus tenebatur, ita & Princeps, cui & in quem populus omne ſuum Imperium contulerat, adeo vt & poteſtas principis & in ipſum principem eſſet.

5. Accedit huc, quod lex quælibet eſt commune præceptum, *l. 1. & 2. ff. de ll.* vt proindè etiam principem ipſum Authorem ſuum concernat.

6. Adde quod æquum ſit, imò ſummæ æquitatis, vt qui aliis ius ſtatuit, ſibi quoq; idem ius dixerit, nec aſpernari debeat eodem iure vti, *l. 1 in prin. ff. quod quiſque iuris:* Certè idem quoque, & quidem multo magis de ipſo Principe intelligi debet, ſiquidem ille imprimis æquitatem amplecti ac colere teneatur, iuxta illud Senecæ: maiora populus ſemper à ſummo exigit.

7. Confirmat etiam hoc ipſum pro-

L nun-

nunciatum, *d.l.23.ff.de legat.3.* vbi Paulus Iuriſconſultus ait: decet tantæ maieſtati eas ſeruare leges, quibus ipſe ſolutus eſſe videtur: vbi notandum, quod ait: *Decet tantæ maieſtati:* nam ſi decet maieſtatem Cæſaream, eas quoq; ſeruare leges, quibus ipſe ſolutus videtur, ſane ex legis præſcripto & iuris neceſſitate, has quoque leges ſeruare tenetur: verbum enim *(decet)* in legis diſpoſitione neceſſitatis habet ſignificationem, & idem ſignificat, quod oportet, *l vlt. C. de poſtlim. reuerſ. cap. decet. de reg. iur in ſext.*

8. Denique pro eadem concluſione facit *l. 4. C. de ll.* in qua Impp. *digna,* aiunt, *vox eſt maieſtate regnantis legibus alligatum ſe profiteri:* Vnde tale ſumitur argumentum: Si Princeps profitetur ſe legibus alligatum, eiusq; profeſſio vera eſt, tum ſequitur ipſum legibus eſſe alligatum: at Princeps profitetur ſe alligatum legibus, eiusq; profeſſio eſt veriſſima, vt quæ digna ſit maieſtate regnantis, ex *d. l. digna vox.* Igitur Princeps reuera eſt alligatus legibus.

Veruntamen liceat in hanc Domini Boceri ſententiam inquirere paulo diligentius.

Primò concedendum ei exiſtimamus regulam eſſe generalem, quæ *in d.l.31.ff.de legibus.* proponitur, quod Princeps legibus ſit ſolutus: concedendum etiam ei eſt, quod ſint huius regulæ exceptiones quædam: quamuis & regula & exceptiones pleniorem explicationem requirant, vt paulo poſt oſtendemus: præterea concedimus ei, quod legibus, quæ ad aliquem actum requirunt ſolennia, tum Princeps ſolutus ſit, ſi ipſemet Princeps gerat actum: at vero quæ ſequuntur, ipſi haudquaquam concedimus. Nam primo negamus, quod ait, ſi actus, ad quem alias ſolennia requiruntur, geratur ab alio, licet concernat idem actus Principem, tum ſolẽnibus adſtrictum eſſe ſimpliciter Principem; ſiquidem vti donatio ab Imperatore priuato facta absque inſinuatione, valet: *l. ſancimus in pr. C. de donat.* ita etiã valet donatio à priuato facta Imperatori absq; inſinuatione *Authent. item, & à priuatis, Cod. de donat. Nouell. 52. cap. 2.* vbi huius ratio hæc redditur; quod conueniens non ſit, vt non fruatur his Imperium à priuatis, quæ ab eo præbentur illis. Nec obſtat *l.3.C.de teſtam.* Reſp. Nam illa lex non vult, quod Princeps neceſſitate aliqua adſtrictus ſit legibus teſtamentariis, ſed quod licet ſolutus ſit legib. illis, tamẽ ſuapte ſponte, ac voluntarie illis ſeruiat, vt paulo poſt docebimus: Interim cum *d. l. 3.* coniuge, *§. fin. Inſtit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtamentum.*

Secundo negamus etiam, quod aſſerit Dominus Bocerus: Etſi Princeps illis legibus ciuilibus, quæ non ad ſolennia Iuris, ſed ad aliquid aliud ſpectant, ſtricti iuris ratione inſpecta, videatur ſolutus, tamen reuera & veritate inſpecta, legibus iſtis ſolutus non ſit: Hoc, inquam negamus, & quod Princeps legibus ciuilibus reuera ſit ſolutus, paulo poſt luculenter demonſtrabimus.

Nec eam Boceri ſententiam confirmant rationes, quas in contrarium ipſe adducit.

Nam 1. ad *l. 23. ff. de legat. 3.* in qua dicitur: Principem legibus ſolutum videri. Reſpondemus, vt ſupra, verbum illud *(videtur)* non ſemper eſſe notam improprietatis, vt nec eo loco, ſicut colligitur haud obſcure ex aliis legibus, in quibus expreſſe dicitur Principem legibus ſolutum eſſe, *l.31.ff.de.ll.§.fin.Inſtit.quib. mod. teſtament. infirm.*

Ad ſecundum eius argumentum reſpondetur, illud continere meram petitionem Principij: ſiquidem illud ipſum, quod tanquam conceſſum ponit, quod nempe, veritate inſpecta, legibus Ciuilibus Princeps ſit adſtrictus, in quæſtione ac diſputatione eſt.

Ad tertium reſpondemus vera illa. *(& in*

(*& in eum*) in *d. l. 1. & d. §. ſed & quod Principi* non ad Principem referri, quaſi populus conceſſerit poteſtatem Principi in ſe ipſum: ſed referri ad populum. Et pronomen *Eum* pro *ſe* poſitum eſſe: vt ſenſus ſit: populum ei id eſt Principi dediſſe Imperium & in ſe videlicet populum, prout hoc recte interpretatur Duarenus et plerique alij Interp. Deinde eo poſito, quod verba (*& in eum*) ad ipſum Principem ſint referenda, & ſignificent, populum Principi & in Principem imperium ſuum tráſtuliſſe: tamen inde potius ſequetur, populum legibus Principis obnoxium factum, Principem autem ſolutum eſſe.

Ad Quartum reſpondemus: Non totum populum, nec ciues vniuerſos, tanquam vniuerſos; ſed ſingulos tantum ciues è populo, legibus fuiſſe adſtrictos: Cum autem Princeps non ſingulos, ſed vniuerſum populum, tanquam vniuerſum, repræſentet, eiuſque iure vtatur, palam eſt, Principem legibus adſtrictũ non eſſe. Et ſane quicquid etiam dicat Bocerus, nunquam negare poterit, aliud reſpectum & conſiderationem eſſe totius populi & vniuerſorum ciuium, tanquam vniuerſorum, & alium omnium ac ſingulorum ciuium. Quam enim poteſtatem vniuerſus habeat populus atque vniuerſi ciues, collectiue conſiderati: eam non habebant omnes ciues conſiderati ſigillatim.

Ad Quintum reſpondemus: Legem ita eſſe commune præceptum, vt tamẽ Princeps præcepto illo non contineatur, vt qui legibus, vtcunque generaliter latis, ſemper intelligatur exceptus *l. 3. 1. ff. d. ll. §. fin. Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.*

Ad ſextum reſpondeo, non eſſe iuris ac neceſſitatis, vt Princeps iiſdem pareat legibus, quas aliis præſcripſit, quamuis ſit honeſtatis & æquitatis, id quod ſolum euincit argumentum propoſitum.

Neque vero titulus ille, *quod quiſque iuris*, quicquam ad præſens negotium facit, nec ad Principem pertinet: ſed loquitur de priuato, & quidem de illo, qui iniquum ius aduerſus alium impetrauerat, eoque vſus fuerat.

Ad ſeptimum reſpondemus, verbum (*decet*) non ſolum referri ad ea, quæ neceſſitatis & iuris ſunt, ſed etiam ad ea, quæ honeſtatis, vt: Cicer. *lib. 1. de offic. Quod decet honeſtum eſt, & quod honeſtum eſt, decet.* Et quod verbum illud in citata *l. 23.* ad id referatur quod honeſtum eſt, ſatis ſuperque apparet ex præcedenti verbo *inuerecundum eſt.* Et quod ad neceſſitatem non referatur, eo in loco, colligitur ex *d. §. fin. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. digna vox, C. de ll. l. 3 C. de teſtamen.* Ex quibus legibus intelligitur: etſi nulla neceſſitate adſtringatur Princeps, legibus obtemperare, tamen ipſum viuere velle ſecundum leges, quod honeſtum illud & Imperatoria maieſtate dignum videatur.

Ad vltimum reſp. Principem profiteri ſe legibus alligatum, non ex quadam neceſſitate, ſed ex honeſtate.

His ita præmiſſis, nunc ſubiiciamus, quænam noſtra ſit, de præſenti quæſtione, ſententia?

Et quidem quod ad leges diuinas, naturales & iurisgent. attinet, dubium nullũ eſt, quin illis Princeps peræque, atque quiuis ſubditus, ſit adſtrictus, ob rationes, quas ſupra ſub initium huius quæſtionis aſſignauimus.

Circa leges vero ciuiles, de quibus omnis eſt diſceptatio, exiſtimo primo hanc regulam eſſe conſtituendam: Principem legibus Ciuilibus vere ſolutum eſſe, nec de neceſſitate, ſed de honeſtate ſolum & voluntario obſequio legibus parere.

Hanc regulam confirmat 1. *l. 23. ff de legat. 3.* vbi Paulus *ex imperfecto*, inquit, *teſtamento legata, vel fideicommiſſa Imper. vindicare, inverecũdũ eſt: decet n. tãtæ maieſtati eas ſeruare leges, quib. ipſe ſolutus eſſe videtur*: in q. b⁹ verb. haud obſcure ſibi opponũtur honeſtas & neceſſitas, ac de honeſtate principem

cipem teneri obtemperare legibus exiſtimat Paulus, dum ait ex imperfecto teſtamento & contra ſolennia iuris condito, legata vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare, *inuerecundum eſſe*: Inuerecundum autem quid aliud, quam inhoneſtum? Vult igitur, honeſtate inſpecta, Principem decere leges ſeruare: de neceſſitate vero non item, quoniam ſubiicit Iuriſconſultus: illis legibus (quas antea dixerat inuerecundum eſſe non ſeruare) Principem ſolutum videri. Vbi illud *videri* non eſſe improprietatis, ſed vt aliâs ſæpius, veritatis ac modeſtiæ notam, demonſtrauimus iam tum in ſuperioribus.

2. Confirmat regulam noſtram & ad verbum exprimit Iuſtinianus *in §. fin. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* Vbi in hæc verba ſcribit: licet legibus ſoluti ſumus: tamen legibus viuimus: at cur hoc? quia inuerecundum eſt, & inhoneſtum Imperatorem legibus, quas præſertim ipſe tulit, non obtemperare, *d. l. 23. ff. de legat. 3.* Et quia digna vox eſt maieſtate regnantis, legibus alligatum ſe Principem profiteri, *l. 4. C. de legib.*

3. Idemque etiam confirmat Alexander Imperator *in l. 3. C. de teſtam.* dum ait: *Licet enim lex imperij ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit: nihil tamen tam proprium imperij eſt, quam legibus viuere.* Ecce hic Imperator expreſſe ait: Imperatorem, lege imperij, ſolutum eſſe ſolennibus iuris; ſed tamẽ proprium eſſe imperij legibus quibus Imperator ſolutus eſt, viuere: iam ſi verum eſt, quod ait Alexander: Imperatorem ſolutum eſſe ſolennibus iuris, tum ſi viuit Imperator legibus, non facit ex neceſſitate, ſed libera voluntate, ſiue libero obſequio, ob honeſtatem, quæ illud requirere videtur, & ob quam proprium Imperij eſſe videtur, vt Imperator legibus pareat. Et nota, quod non dicat Alexander, proprium Imperij eſſe, *vt Imperator ſit adſtrictus legibus* (ſic enim contrarium diceret ei, quod prius dixerat, Principem legibus ſolutum eſſe;) *ſed quod proprium ſit imperij, vt Imperator legibus viuat:* Non ſtatim, qui legibus viuit, is legibus adſtrictus eſt, quoniam ex libero arbitrio & ſuapte ſponte legibus, quibus reuera ſolutus eſt, viuere poteſt.

4. Confirmat regulam noſtram, *l. princeps. 31. ff. de legibus.* Vbi Vlpianus *Princeps*, inquit, *legibus ſolutus eſt.* Cuius legis generalitas non patitur, eam reſtringi ad aliquas leges, vel de certo modo, quo Princeps ſit ſolutus, eam explicari, præſertim cum ſub eo titulo ſit lex poſita, in quo de legibus ciuilibus in genere tractatur.

Ab hac tamen regula generali: excipimus primo illas leges ciuiles, quæ ex ratione aliqua naturali, ad Principem peræque ſpectante, ſunt introductæ. Cuiusmodi exiſtimo eſſe leges de inofficioſi teſtamẽti querela liberis deferenda: nam hanc ex ratione pietatis parentum erga liberos & viciſſim liberorum erga parentes, adeoque ex naturali ratione introductam eſſe, negari non poteſt. Rectè igitur de hac Vlpianus *in l. 8. §. 2. de inoffic. teſtam.* *Si Imperator*, inquit, *ſit hæres inſtitutus: poſſe inofficioſum dici teſtamentum, ſæpiſſime reſcriptum eſt.* Proinde regulam noſtram intelligimus de legibus mere ciuilibus.

Secundo excipimus legem Falcidiam, cui itidem Imperator ſubiectus eſt, *l. 4. C. ad l. Falcid.*

Ratio huius exceptionis hæc eſt, quod quartæ detractio ſit lege Falcidia introducta ob fauorem ipſorum teſtatorum, quo vltima illorum voluntas eo facilius exitum ſortiatur, *prin. Inſtitut. ad l. Falcid.* quam exitum habere publicè intereſt. Proinde contra hanc voluntatem defuncti vltimam, vtilitatemque publicam, noluit lex Imperatorem Falcidia lege ſolutum eſſe.

His duobus exceptis, ſtandum eſt regulæ.

Digitized by Google

gulæ ſuperiori, atque dicendum: Principem legibus ciuilibus ſolutum eſſe.

Huic noſtræ ſententiæ, quę obiici poſſunt, & à Domino Bocero, atq; aliis obiiciuntur, iam in prædictis videntur diſſoluta. Vnicum ſolum reſtat, quod alicui ſcrupulum poſſet iniicere.

Nam cum Deus ter Opt. Max. in veteri Teſtamento, populo Iudaico multas præſcripſiſſet leges, inter quas plurimæ erant mere Politicę & ciuiles, voluerit tamen his omnibus Principem populi adſtrictum eſſe.

Veruntamen nos hîc loquimur de legibus non à Deo, ſed ab ipſo principe latis, his negamus de neceſſitate principem eſſe adſtrictum.

Quod porro ius princeps facit, Cõſtitutio appellatur, *§. ſed & quod principi. Inſt. de iure nat. gent. & ciuil.* vbi Iuſtinianus duplices ait eſſe conſtitutiones principum: generales & perſonales. Generales eas dici, quæ omnes Imperio Romano ſubiectos teneant. Atq; harum rurſus tres conſtituit ſpecies *in eod. §. ſed & quod principi:* Edictum, decretum, reſcriptum ſeu Epiſtolam. Id quod & ICtus *in l. 1. ff. de conſtit. principum confirmat.* *Lit. C.*

Qu. 36. *Placita principũ que & quotuplicia ſint?*

Hæc vero tria ſic rectè diſcernuntur, quod Edictum ſit lex generalis principis, qua ille motu proprio aliquid edicit, ſeu fieri iubet decretum, quo Princeps in aliquos de re controuerſa cognoſcens, pronunciat & decernit.

Reſcriptum quo Princeps libello ſupplici aditus, vel à magiſtratibus vel à iudicibus vel à priuatis aut conſulenti de iure reſcribit, aut poſtulanti reſpõdet. Ita pulchrè Donel. *1. Com. 9.* Et quanquam Autor noſter, ſecutus Hermannum Vultejum, reſcripta ſub decretis comprehendat: rectius tamen ab inuicem eo, quo dixi, modo diſcernuntur: cum & Iuſtinianus *in d. §. ſed & quod principi. Inſt. de iure nat. gent. & ciuil.* & Vlpianus *in d. l. 1.* hæc ita ab inuicem accuratiſſimè diſcernat.

Etſi vero decreta atq; reſcripta ad certam cauſam & certas perſonas dirigi ſoleant; placet tamen nihilominus ea eſſe generalia, ſic enim Vlpianus *in l. 3. §. 5. ff. de ſepulchro violato: Generalia*, inquit, *ſunt reſcripta & oportet imperialia ſtatuta ſuam vim obtinere & in omni loco vigere.* Et *in l. 12. C. de legib.* ait Iuſtinianus: *Si imperialis maieſtas cauſam cognitionaliter examinauerit & partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit omnes omnino iudices, qui ſub noſtro imperio ſunt, ſciant hanc eſſe legem non ſolum illi cauſa, pro qua producta eſt, ſed & omnibus ſimilibus.*

Qu. 37. *Reſcripta Imperatorum ad litem impetrata, an ſint perpetua?*

Hinc de reſcriptis Imperatorum, ad litem impetratis, quæritur, an perpetua ſint, an vero anno expirent? Et quod intra annum duntaxat vim ac robur obtineant, aſſerendum videtur, *ex cap. plerumque. de reſcriptis.*

Sed Iacobus Cuiacius *in paratitl. de diuerſis reſcriptis* ſtatuit, huiuſmodi reſcripta eſſe perpetua, & tandiu durare, quandiu actio ſeu ius durat, ſuper quo impetrantur. Cui ſubſcribit Fachineus, & hunc ſecutus Autor noſter, propter textum *in l. 2. C. de diuerſ. reſcriptis*, vbi Claudius Imper. *falſo*, inquit, *adſeueratur autoritatem reſcriptorum deuoluto ſpacio anni obtinere firmitatem ſuam non oportere. Cum ea, quæ ad ius reſcribuntur, perennia eſſe debeant, ſi modo tempus, in quo allegari, vel audiri debent non ſit comprehenſum.*

Etſi autem variè hic textus, cum *d. cap. plerumq.* conciliari ſoleat: mihi tamen illorum arridet ſentẽtia, qui ſtatuunt, quoad hanc propoſitam quæſtionem, ius Canonicum à iure ciuili diſſentire. Menochius *de arbitrariis iud. quæſtionib. caſu 102. nu. 7.* Cuiacius *d. loc.*

Quanquam Fachineus ita prædictos textus conciliare conetur, vt dicat reſcripta ad lites perpetua eſſe, & tamdiu durare, quamdiu actio ſeu ius durat, ſuper quo impetrantur, vt *in d. l. falſo.* Cæterum, ſi dolo vel negligẽtia is, qui reſcriptum impetra-

Digitized by Google

petrauit, eo intra annum non vtatur, tunc aduerſarium eius experiri poſſe, & aliud reſcriptum impetrare, illudque poſterius valere, licet nullam prioris mentionem faciat.

Qu. 38. *An reſcripta ab vno impetrata reliquis cõſortibus proſint?*

De reſcriptis etiam ad litem quæri ſolet, vtrum ab vno impetrata, reliquis eiuſdem litis ſociis & conſortibus proſint? Sunt qui affirment *arg. l. 1. & 2. C. vnus ex plurib. appel.* Sunt contra qui negent, quia reſcriptum non extendatur ad perſonas, in eo non nominatas *cap. ſig. de reſcript.*

Ego diſtinguendum cenſeo, vtrum res, de qua litigatur, ſit diuidua, an individua, *arg. illorum, quæ prolixe dicuntur infra, ſub diſp. vndec. theſ. 2. lit. D in fin.*

Lit. D. De legibus & conſtitutionibus ciuilibus quæſtio grauis eſt, difficilis & ardua, atq; non modo à Iuriſconſultis & Politicis; ſed Theologis etiam & Philoſophis mirum in modum agitata, quatenus leges ciuiles obligent in conſcientia? Negatiuã autem tuentur Caluinus *lib. 4. Inſtit. 20* Iohann. Gerſon. *de vit. ſpirit. lect. 4.* Fernand. Vaſquius *1. illuſtr. contr. 28. nu. 14. 15. & ſequent. c. 29. nu. 1.* Speckhan. *1. quaeſt. 3. nu. 1.* Sibrandus *de Pontifice Romano lib. 8. c. 7.* Qui omnes vnanimiter ſtatuunt; leges humanas ciuiles, niſi earum tranſgreſſio fiat ex contemptu magiſtratus, aut illæ ius diuinum & naturale proponant, conſcientiã hominum non obligare. Pro qua opinione hæc faciunt argumenta.

1. Poteſtas Ciuilis eſt temporalis. Ergo nihil ei eſt commune cum conſciẽtia.

2. Finis legum ciuilium eſt pax externa: quare conſcientiam non attingit.

3. Poteſtas ſecularis non iudicat de internis, ſed tantum de externis: nec poteſt ſcire an aliquis ex ſciẽtia peccet, ſed externum duntaxat opus perpendit, internum affectum nec intueri, nec iudicare poteſt.

4. Conſcientias fidelium obligari legibus humanis, repugnat libertati Chriſtianæ: cum Chriſtus nos ab omni obligatione humana circa indifferentia, de qualibus ſunt leges ciuiles liberarit: iuxta illud: *In libertate in quam vos Chriſtus liberauit perſtate, Nolite fieri ſerui hominum*; Item *Nemo vos iudicet in cibo & potu.* Quapropter ſi legibus Politicis conſtringerentur conſcientiæ, concideret libertas Chriſtiana.

5. Princeps non poteſt inferre pœnam ſpiritualem, nec delinquentem conſcientiam poteſt punire, quoad affectus interni non erumpunt in actum vitioſum externum. Ergo nec poteſt ad pœnam ſpiritualem obligare.

6. Conſcientia ſolum Deum reſpicit: ergo non leges ciuiles.

7. Conſcientias conſtringere ſolius eſt legis diuinæ: ergo non legis ciuilis humanæ.

8. Lex ciuilis non intendit ligare ſub peccato; Alias enim idem peccatum bis puniretur, ſemel hic à Principe ſeculari & ſemel à Deo poſt hanc vitam.

9. Si Princeps poſſet obligare conſcientias, poſſet etiam nouos cultus inſtituere: at hoc non poteſt: ergo nec illud.

10. Maior poteſtas magis obligat: at leges Eccleſiaſticæ, quarum procul dubio maior eſt poteſtas, quam ciuilium, non obligat in conſcientia; quia Eccleſia res adiaphoras non iubet facere, nec omittere propter ſuum mandatum, ſed tantum propter iuſtas mandandi cauſas, vt ſunt, conſeruatio ordinis, vitatio ſcandali, quæ quandiu non violantur, conſcientias liberas relinquit. Ergo multo minus leges ciuiles obligant conſcientiam.

11. Magiſtratu ſeculari nullum in animas & conſcientias mortalium competit imperium directiuum & coactiuum: hoc quippe ſolius eſt Dei, qui animam & corpus perdere poteſt, *Matth. 10. v. 29.* Qui vnus eſt legislator potens ſeruare & perdere, *Iacob. 4. v. 12.* Magiſtratus vero Iuriſdictio exterior eſt, non interior,

quia dominatur fortunis & corporibus, non conſcientiis.

12. Non cum hominibus, ſed cum vno Deo negotium eſt conſcientiis noſtris; vnde& diſcrimen inter forum terrenum & conſcientiæ, inter ius ſoli & poli.

13. Inſuper quod in fauorem alicuius eſt introductum, id in odium eius detorqueri non debet *l. quod in fauorem. ff. de legib. l. Non ideo minus, C. de procurat. l. legata inutiliter ff. de legat. 1.* Atqui poteſtas ciuilis, ſiue magiſtratus ad meram ciuium vtilitatem, non etiam ad vtilitatem regentium comparata eſt. Ergò non debet in detrimentum ciuium conuerti. At conuerteretur in ciuium ac ſubditorum perniciem, cum ciuibus ſit pernicioſiſſimum legibus Politicis ac ciuilibus, à magiſtratu Politico latis, obligari in conſcientia, adeoque ad mortem æternam.

14. Sicut arbiter, eo quod iuriſdictionem habet ex commiſſione ac conceſſione collitigatorũ, ſi ipſi collitigatores præcepto ac ſententiæ eius non pareant, eos punire non poteſt, niſi intra terminos ac menſuram ſibi ab ipſis commiſſam, & ſic ea tantum pœna tenentur, cui ipſi ſe ſubdiderunt, *l. cum antea, C. de arbitr.* Ita quoque princeps, cui ſe populus commiſit, nec aliunde quicquam poteſtatis habet aut iuriſdictionis, legesque ab eo latæ non poſſunt ciues punire aut mulctare vltra terminos aut menſuram poteſtatis ac iuriſdictionis, *leg. final. ff. de iuriſdict.*

15. Is demum poteſt ad pœnam mortis æternæ, atq; in conſciẽtia obligare, qui poteſt transgreſſoribus pœnam illam infligere: cum omnis poteſtas propter vſum ſit. Atqui princeps ſecularis non poteſt legis aut præcepti ſui transgreſſoribus pœnam æternam infligere. Ergò non poteſt eos ad pœnam ſuis legibus obligare.

16. In §. *fin. Inſt. de V. O.* ait Iuſtinianus, eum, qui facere aliquid aut non facere promiſerit, teneri ad id quod intereſt, aut ad pœnã adiectum & expreſſam à contrahentibus; & in nihil præterea. Cui conſequens videtur, vt debitores, pactionem violantes, nulla pœna maneat æterna, cum neque ad eam ſeſe obligare voluerint contrahentes; ſed ad temporalem duntaxat, vel expreſſam & conuentionalem, vel ad legalem, nempe ad intereſſe.

17. Quin & nec legumlatorem humanum voluiſſe ſubditos legis ſuæ transgreſſores, ad pœnam æternam obligare, liquet ex eo, quod potius omni cura, diligentia & ſtudio proſpiciat, ne illorum animæ illaqueantur, omniumque legislatorum hic ſit animus, *leg. qua ſub conditione. pr. ff. de condit. & inſtit.*

18. Si id, quod à lege ciuili, aut principe iubetur, ita bonum eſt, vt eius contrarium ſit illicitum, aut nefarium, tum id in lege diuina aut naturali comprehenſum invenietur; ſin autem non fuit ita noxium, vt iure naturali vel diuino prohiberetur, vt ſi lex prohiberet ne nocte per vrbem deambulantes enſes aut mucrones ſecum ferrent, obligabit certè lex, non ad pœnam æternam, ſed ad temporalem.

19. Quo tempore lex rogatur & acceptatur à ciuibus; omnes ciues hoc animo eſſe videntur, vt, prout eſt obligatio alternatiua, vel legi pareatur, vel pœna temporalis patienter ſubeatur, vltra quam illorum intentionem non debent nec poſſunt obligari ad pœnam æternam; *argument. leg. ſi quis cauſam, Digeſt. ſi cert. pet.*

20. Nemo tamen eſt rerum inexpertus, qui ignoret, homines à delictis communibus, non tam diuinæ æternæque pœnæ metu arceri, quam metu pœnæ tẽporalis. Vnde ad externam mortẽ homines obligare ob regimen Reipubl. non expedit; cum hanc ad rem efficaciores ſint pœnæ temporales.

21. Quin

21. Qui eſt totius vniuerſi orbis communis ſenſus quoad homines illiteratos ac literarum inexpertes, ille ſine dubio verus eſt ac naturali iuri conueniens, & quaſi ipſius Dei vox habendus. Iam vero hic eſt totius orbis, quoad homines illiteratos, communis conſenſus & hæc vox immutabilis, quod legibus ciuilibus ciues in conſcientia ad mortem æternam non obſtringantur, ſed ad pœnam ſolum temporalem.

22. Denique omnia quæ libuerint, cenſentur eſſe permiſſa, niſi reperiantur præceptis naturalibus aut diuinis prohibita, in quibus comprehenſa ſi violauerimus, diuini & naturalis iuris rei eſſe videbimur, quoad pœnam æternam. Ergò ſi legis humanæ aut principis iuſſum ſub præceptis diuinis aut naturalis iuris minimè comprehenſum, qui conſiſteret in faciendo vel omittendo, violauerimus, non tamen ex contemptu ipſius legumlatoris, tunc, quia remoto hoc humano præcepto, ea transgreſſio erat de genere permiſſorum & naturalis libertatis ac laxitatis humanæ, ſat ſuperque eſſe debet, vt pœnæ vel expreſſæ vel arbitrariæ rei fiamus, nec æternæ quoq; pœnæ ſubiiciamur.

Contrariam negatiuam ſententiam amplectuntur Thomas Aquinas, *q. 94. Ar. 4* Petrus Gregor. Tholozan. *8. de Republic. 2. num. 5.* Dauid Paræus *in Comm. epiſt. ad Rom. c. 9. Dub.* Martin. Becanus *in Theolog. ſcholaſt. part. 2 tractat. 3. c. 6. q. 2.* Ioh. Gerhardi *quaſt. Politic. decad. 5. q. 8.*

Qui omnes vnanimiter ſtatuunt, leges ciuiles bonas ac iuſtas, ab eo latas, qui iuris condendi poteſtatem habet, obligare ſubditos in conſcientia, ſic vt ſi illas ſcienter violauerint pœnæ æternæ ſubiiciantur. Argumenta pro hac opinione hæc ſunt.

1. Violatio ſpecialis legis neceſſariò trahit ſecum violationem præcepti generalis de obediendo magiſtratui: violatio autem generalis huius præcepti lædit cõſcientiam, cum illud morale ſit & à DEO immediatè profectum. Quare & violatio ſpecialis legis lædit conſcientiam.

2. Apoſtolus Paulus in Epiſtola *ad Rom. cap. 13.* ait, obediendum eſſe magiſtratui non modo propter iram, hoc eſt pœnam, ne hanc incurramus, ſed etiam *propter conſcientiam*, ne ſc. hanc violemus: at magiſtratui obedire, eſt legibus atq; edictis eius ſubeſſe. Quare, qui leges ciuiles violat, conſcientiam ſuam violare intelligitur. Porrò cuius violatio lædit cõſcientiam, id eam obligat: violatio legum ciuilium lædit conſcientiam. Ergò eam obligat.

3. Quodcunq; lex naturæ faciendum præcipit & ratio naturalis inculcat, hoc in conſcientia tenemur facere. Atqui non ſolum ius diuinum, ſed & naturale præcipit obediendum eſſe legitimo magiſtratui. Igitur obediẽtiam legitimo magiſtratui præſtare ratione conſciẽtiæ tenemur.

4. Si omnis lex humana ab æterna per naturalem deriuatur, ſequitur ex eadem æterna lege virtutem ad eaſdem ſubinde leges deriuari, qua ſint in conſciẽtia apud Deum ipſum obligatoriæ. Atqui prius eſt verum ex *cap. 13. ad Rom. & c. 8. Prouerb.* vbi Deus per os Salomonis *per me*, inquit, *reges regnant & potentes iuſta decernunt.*

5. Quod culpam quamcunq; inducit, id obligat conſcientiam, quia conſcientia eſt ſenſus culpæ ſeu peccati, & metus iudicij: at leges ciuiles violatę inducũt culpam, ſiue moralem, ſiue ciuilem.

6. Omnis vis obligatiua ligat conſciẽtiam: quia lex eſt regula morũ. Regulę autẽ proprium eſt intrinſecè ita dirigere ſeu obligare, vt receſſus ab ipſa ſit peccatũ in moribus, ſicut receſſus à regula in naturalibus dicitur peccatum naturæ & receſſus, in artibus dicitur peccatum artis: atqui omnis lex, à quocunque feratur, qui modo legem ſanciẽdi poteſtatem habuerit, habet vim obligatiuam.

Ad con-

Ad contraria argumenta ſic reſpondendum.

Ad primum reſp. Committi fallaciam à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter: quia, etſi poteſtas ciuilis ſit temporalis & externa, quoad obiectum & finem, in quem tendit, proprie tamen ius *νομοθεσίας* ei donatũ eſt cum hoc priuilegio, vt, ſalua conſcientia, ei reſiſti non poſſit, cum genus harum legum ſit morale & præceptum ab ipſo Deo, videlicet obedientia erga magiſtratum: & inſuper turbare ordinem & pacem ciuilem, præbere ſcandalum, ſit culpa moralis, offendens Deum & turbans conſcientiam.

Ad ſecundum reſp. Etſi finis legum ciuilium ſit pax externa; eas tamen in conſcientia nos obligare, vt hanc pacem ſeruemus propter rationes modo adductas.

Ad tertium reſp. Quamuis magiſtratus non iudicet de internis, nec intendat etiam obligare conſcientias: tamen conſcientia ſubditorum ſentit ſe adſtringi ad obedientiam, ſub culpa, propter generale Dei præceptum: *Honora patrem & matrem.*

Ad quartum reſp. Committi fallaciam cauſæ, quandoquidem obligatio conſcientię ad obedientiam non repugnat libertati Chriſtianæ; ſed ſolum obligatio ad cultum per leges humanas.

Ad quintum reſp. Negatur conſequentia, quia cum Princeps in condendis legibus vtatur authoritate Dei, *Roman.13. prouerb.8.verſ.15.* potuit illi Deus permittere, vt obliget ſubditos in conſcientia; non tamen, vt iudicet de internis, aut infligat pœnam internam & ſpiritualem. Deinde quamuis princeps non poſſit inferre pœnam ſpiritualem, poteſt tamen ad eam obligare, non quidem per ſe, vt legem humanam condit; ſed per accidens & per indirectum, quatenus lex eius humana, vi generalis mandati Dei, conſcientias ſubditorum ligat.

Ad ſextum reſp. Conſcientia non ſolum Deum, ſed homines etiam reſpicit, teſte Apoſtolo, *Actor.24.* Deinde conſcientia reſpicit leges ciuiles, non vt ſunt tales, ſed vt ſunt latæ à miniſtro Dei & munitæ authoritate generalis præcepti diuini: *Honora patrem, &c.*

Ad ſeptimum reſp. Committitur fallacia cauſæ, cum Deus obſtringat conſcientias, vel immediate, ſub ratione cultus per leges diuinas, vel mediate ſub ratione diſciplinæ, per leges miniſtrorum ſuorum, *d cap.13 ad Roman.*

Ad octauum reſp. Non opus eſt, vt Princeps intendat obligare ſubditos ſub peccato; ſed ſufficit, ꝙ intendat eos obligare ad præſtandum quod præcipitur. Nam ſi hoc intendit iam veram & proprie dictã legem inſtituit: huiusmodi a. lex neceſſario obligat in conſcientia: nec etiam abſurdum eſt, vt idem furtum bis puniatur: nam & furta & homicidia & adulteria puniuntur non ſolum à Deo, ſed etiam à magiſtratu.

Ad nonum reſp. Committitur & hic fallacia cauſæ, quia obligatio conſcientiæ poteſt fieri abſque ratione cultus: etenim leges ciuiles in particulari, ſeu quãtum ad determinationes & ſpecies ipſas legum attinet, vt de ſoluendo tributo maiori vel minori, continuo vel per vices, de non geſtandis armis, de agendis excubiis, de ſumptibus conuiuiorum & veſtium moderandis, &c. non obligant conſcientias per ſe, ſub ratione cultus, quia cultus Dei ſunt illa demum opera, quæ propter Dei mandatum facere neceſſum eſt, etſi nullius creaturæ mandatum aut reſpectus accedat: determinationes vero ciuiles, cum ſint de rebus ſuo genere mediis: niſi à gubernatoribus præceptæ eſſent, fieri aut omitti ſine vlla Dei offenſione poſſent.

Ad decimum reſp. Maior poteſtas magis obligat in iis, in quibus eſt maior: at circa *νομοθεσίαν* poteſtas Eccleſiaſtica

non eſt maior ciuili. Ciuili enim dedit Deus authoritatem leges ſanciendi, obligantes conſcientiam propter ipſum mandatum ſeruandas, miniſtris Eccleſiæ non dedit, ſed præcepit ſonare præcepta diuina.

Ad vndecimum reſp. vti ad tertium reſponſum fuit: magiſtratui quidem nullum competere in animas & conſcientiam hominum dominium, nec illum de internis iudicare; veruntamen legem ab ipſo impoſitam ligare conſcientias, non quidem per ſe, ſed ratione præcepti generalis de obedientia magiſtratus præſtanda.

Ad duodecimum reſp. Magiſtratum legem iuſtam ferentem Dei eſſe miniſtrum, ipſiusque Dei vice in terris fungi: vnde cum ferendo legem conſcientias hominum ligat, non vt hominem, ſed vt Dei miniſtrum ligaſſe cenſeri; quare & Apoſtolus *d. c. 13. ad Roman.* magiſtratui, vt ordinationi diuinæ, & tanquam miniſtro Dei obediendum ait: hinc igitur relucet magiſtratum, quatenus magiſtratus, quia ſit Dei miniſter ipſiusque Dei partibus fungatur, in animas quoque & conſcientias hominum imperium habere propter eum, ſcilicet cuius eſt miniſter.

Ad decimumtertium reſp. Poteſtatem magiſtratus comparatam eſſe ad vtilitatem ſubditorum ipſi obedientium ac honeſte viuentium: ad perniciem vero malorum & inobedientium: qui tamen ſibimetipſis potius damnationem acquirant, quam vt magiſtratui hoc imputari poſſit: *Qui reſiſtit*, ait Apoſtolus, *Dei ordinationi reſiſtit: qui autem reſiſtunt ipſi, ſibi damnationem acquirunt: nam Principes non ſunt timori boni operis, ſed mali: vis autem non timere poteſtatem bonum fac & habebis laudem ex illa: Dei enim miniſter eſt tibi in bonum: ſi autem malum feceris, time, non enim ſine cauſa gladium gerit: Dei enim miniſter eſt, vindex in iram ei, qui malum agit.*

Ad decimumquartum reſp. Male comparatur magiſtratus cum arbitro compromiſſario, ſiue à partibus litigantibus electo; magiſtratus enim à Deo ipſo ordinatur ac populo præficitur, gladio cinctus in vindictam malorum & poteſtate atque imperio munitus, *cap. 13. ad Roman. & c. 8. prouerb.* Vnde non inſpici oportet quantum poteſtatis populus magiſtratui commiſerit; ſed qua poteſtate populo à Deo, cuius ordinatio & miniſter eſt magiſtratus, ſit præfectus. Hac a poteſtate eum ſubditis præfectum ipſe Apoſtolus teſtatur, vt ipſi non ſolum propter iram; ſed & propter conſcientiam ſit obtemperandum; adeoque vt qui ei reſiſtunt, Dei ordinationi reſiſtere, ſibique ipſis damnationem acquirere dicantur, *dict. capit. prim. paragrapho tertio, verſiculo quinto.* Ad hæc cum Deus dare ſoleat, ac præficere populo reges, intelliguntur ſubditi eos non aliter acceptare, quam vt à Deo ipſis dati ſunt ac præfecti.

Ad decimumquintum reſp. Cum magiſtratus vi legum ſuarum ligat ſubditorum conſcientias, ipſe Deus conſcientias ipſorum ligaſſe, mediante ſcilicet magiſtratu, qui eſt ordinatio diuina ac miniſter, *dict. cap. 13.* Quare cum magiſtratus ſubditorum conſcientias ſuis legibus obſtringit, idem intelligitur conſcientias obligare ad pœnam æternam, qui poteſt pœnam illam irrogare.

Ad decimumſextum reſp. Non ſequitur, obligatur ad pœnam temporalem. Ergo non obligatur ad æternam pœnam.

Ad decimumſeptimum reſp. Legiſlator id ſolum præcauere intendit, ne ſubditorum ſuorum conſcientiæ aliter, quam Reipubl. vtilitas, ipſorum ſubditorum ſalus, verbumque Dei admittit, conſtringantur & illaqueentur. Cæterum ad bonas leges, & Reipubl. ſalutares vult ipſe Deus ciuium ac ſubditorum conſcientias adſtringi, *d. c. 13.*

Ad

Ad decimumoctauum reſp. Ea quæ legibus ciuilibus vetantur, etſi per ſe ac ſua natura ſint intermedia nec iure diuino, nec naturali illicita; quam primum tamen à magiſtratu præcipiuntur, vel prohibentur, arbitraria amplius non eſſe, nec abſque læſione conſcientiæ, contra præceptum magiſtratus, fieri aut omitti poſſe: incipiunt enim ab eo tempore eſſe ordinatio diuina, cui repugnari ſine conſcientiæ læſione non poteſt. Quin etiam illa, quæ antea iure naturali meræ erant libertatis, nunc propter præceptum vel interdictum magiſtratus, ſecundum ius etiam naturale, quod magiſtratui obedire præcipit, neceſſitati ſubiiciuntur; ſic vt qui contra iſtud magiſtratus præceptum, vel interdictum facit, contra ius naturale committere, adeoque mortaliter peccare intelligatur.

Ad decimumnonum reſp. Non ſpectandum eſt, quo animo ſubditi legem à magiſtratu, Dei miniſtro, ſibi præſcriptam, accipiant, ſed potius quo animo accipere debeant, & quæ ſit circa legem ſeruandam voluntas legem præſcribentis, ipſiusque Dei, cuius ordinatio ſunt bonæ leges politicæ: atqui ſupra luculenter demonſtratum fuit, hanc eſſe Dei omnipotentis voluntatem, vt ſub reatu mortis æternæ legibus, tanquam ordinationi diuinæ ſubditi pareant, ita vt, qui contra faciant, damnationem ſibiipſis acquirant, *d.c.13.*

Ad vigeſimum reſp. Pœnæ temporales plus metuuntur, quam æternæ non, niſi ab impiis hominibus & qui Deum in cœlis habitare, & ad inferiora hæc ſpectare non credunt: cætero quin dubium nullum eſt, quin pii ac religioſi homines, qualis quisque bonus ciuis eſſe debet, & eſſe præſumitur, maioris faciat ac longe plus metu at pœnas æternas, quam temporales.

Ad vigeſimumprimum reſp. Maiorem eſſe falſiſſimam: non enim quid homines ſentiant, ſed quid Deus præcipiat, quidue verbum Dei præſcribat, attendendum eſt: nec diuinam vocem ac ſententiam ex communi hominum, præſertim illiteratorum opinione æſtimanda eſt; ſed potius ex Dei verbo haurienda: hoc autem clare pronunciat, leges politicas Dei ordinationem eſſe, ſic vt, qui eis reſiſtit, Dei ordinationi reſiſtere intelligatur, qualem mortaliter peccare, ac reum pœnæ æternæ fieri, dubium plane nullum eſt.

Ad poſtremum reſp. Transgreſſionem legis ciuilis eiusque violationem omnino prohibitam eſſe, non modo iure diuino, ſed humano etiam: cum enim legi politicę parere iubeamur tanquam ordinationi diuinæ propter conſcientiam *capit. 13. ad Roman.* eidemque, tanquam à Deo profectæ, ſubiiciamur, *lege ſecunda Digeſt. de legibus.* palam eſt, hoc ipſo violationem eius ac transgreſſionem interdictam eſſe: idque ex natura contrariorum, quorum vnum ſi præcipiatur, alterum prohiberi intelligitur.

Specialis conſtitutio principum quæ etiam *perſonalis* appellatur eò quod non in communi in omnibus, ſed in certa duntaxat perſona conſtituitur quando princeps vel ob meritum aliquid alicui indulget, vel pœnam aliquem præter exemplum irrogat. *Lit. E.*

Illa conſtitutio dicitur priuilegium, quaſi priuata lex: non quidem auctoritate conſtituentium, quæ publica eſt, ſed ratione obiecti in quo hoc ius conſtituitur, cum non ad ſingulos atque plures vnius populi homines referatur, ſed vni duntaxat perſonæ tribuatur: & cum iura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituantur, dicente Vlpiano *in leg. 8. ff. de ll.* idcirco hinc non improbabiliter colligitur, quod priuilegium proprie & abſolute, ius appellari nequeat. Hinc etiam priuilegium dicitur conſtitutio, cum adiuncto, PERSONALIS.

Digitized by Google

Qu. 39. *Quomodo perſonales cõſtitutiones principum ſint interpretandæ?*

Inſuper cum proprium ſit iuris, vt in vna aliqua ſpecie conſtitutum ad ſimiles transferatur *l. non poſſunt l. nam vt. ff. de legib.* & extenſionem ex rationis paritate admittat; hoc ius priuatum, ſeu priuilegium extenſionem penitus reſpuit, ſic vt in eo non valeat regula iſta *vbi eadem eſt ratio. ibi quoque eadem eſt iuris diſpoſitio.* Item *à ſimilibus ad ſimilia eſt procedendum.* Hinc Paulus pro regula tradit: id quod contra rationem iuris (intellige communis) receptum eſt, non debere ad conſequentiam produci *l. Quod vero, ff. de ll. l. quod contra, ff. de R. Iur.* i. e. non oportere porrigi ad cauſas ſimiles in quibus eadem ratio obtinet: ſic enim ius dicitur produci ad conſequentias, cum argumento parium, de quibus ius ſingulare conſtitutum eſt, dicimus conſequens eſſe, vt in paribus cauſis idem ius ſtatuatur. Item in omnibus cauſis id obſeruari, vt; vbi perſonæ conditio locum faciat beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat. Hinc & Iulianus *in l. in his 15. ff de ll.* In his, ait, quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris. Vbi per regulam Donellus intelligit non ipſum ius commune; ſed regulam de interpretatione iuris ac legum, qua placet ius conſtitutum porrigi ad eas cauſſas, quibus eadem ſubſit ratio. Et Paulus: *Quæ propter neceſsitatem iuris conſtituta ſunt, non debent in argumentum trahi l. quæ propter 62. ff. de R. Iur.* Et Pontifex Maxim. *Quæ à iure communi exorbitant, nequaquam ſunt ad conſequentiam trahenda, cap. quæ à iure 28 Iur. in ſext.* Vnde etiam conſtitutiones principium perſonales, ſiue priuilegia, cum in certis perſonis & cauſſis ſpecialiter contra rationem iuris conſtituta ſunt, perſonas non egrediuntur, nec ad exemplum trahi debent, *l. ff. de conſtit princip. §. ſed & quod principi Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* Hoc vero non aliam ob cauſam, quam quod conſtituentes hæc iure nolint illa ad exemplum produci, & porrigi ad alias perſonas & cauſas, quam de quibus nominatim ſunt conſtituta. Dum enim ex regula ſeu iure communi per conſtitutionem perſonalem, certos caſus & cauſſas excipiunt, hoc ipſo regulam in cæteris caſibus, cauſſis & perſonis confirmare intelliguntur, *l. quæſitum, §. idem reſpondit, ff. de inſtruct. & inſtrum. legat.* Donellus *1. com. 14.* Atque hoc ipſum ſenſit ac voluit ipſe quoque Iuſtinianus *in d. § ſed & quod principi I. de iure nat. gent. & ciuil.* quo in loco, cur ſpeciales conſtitutiones ſeu priuilegia non poſſint ad conſequentiam trahi, nec perſonas egrediantur, hanc rationem reddit, quod hoc Princeps non velit. *vide quæ de hac re prolixe differui in tr. de optim. ration. interpretandi iura. c. 15.*

Perſonales porro principum conſtitutiones etiam beneficia principum appellantur *in l. final. ff. de conſtit. principum.* Hæc vero beneficia duplicis ſunt generis: nam aut perſonæ ſunt, aut rei *l. priuilegia 196. de R. Iur.* In qua Modeſtinus *priuilegia,* inquit, *quædam cauſæ ſunt, quædam perſonæ; & ideo quædam ad heredem tranſmittuntur, quæ cauſæ ſunt, quæ perſonæ ſunt ad heredem non tranſeunt.* Quo referenda quoque eſt alia regula iuris, quæ dicitur; in omnibus cauſis id obſeruari, vt vbi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat. Adeo ſtricte accipitur perſonale priuilegium, perſonæque tenaciter adhæret, vt quamuis heres ſit ſucceſſor in VNIVERSVM ius ꝙ defunctus habuit *l. heres l. hereditas de R. iur.* non tamen in hoc ius perſonale ſuccedat, ſed illud cum defuncto expiret. Aliam rationem eſſe priuilegii cauſæ *ex d. l. 196. de R. I* patet. hoc enim quãuis & ipſum ad aliam cauſam, quam cui conceſſum eſt, non porrigatur, ad heredes tamen & ſucceſſores transferatur. Vtriusque tam perſonæ quam cauſæ priuilegii varia occurrunt paſſim exempla, de quibus progreſſu temporis dicetur. *Lit. F. & G.*

RESOLV-

Resolutio Theſis Septimæ.

Litera A. INſuper iuris vim atque vigorem obtinent reſponſa prudentum, h.e. ſententiæ atque opiniones eorum, quibus permiſſum de iure reſpondere §. *prudentum reſponſa.* Cum enim prius cuiq; fiduciam ſuorum ſtudiorum habenti liberum eſſet conſulentibus reſpondere & iura interpretari *l. 2. §. poſt hunc. ff. de origin. iur. l. 14. §. fin. C. de aſſeſſor.* D. Auguſtus Imperator certos elegit & eruditione rerumque experientia, & autoritate conſpicuos, qui conſulentibus de iure reſponderent, iuraque interpretarentur. *d. §. prudentum reſponſa.*

Hodie Cæſarea autoritate Iuriſconſulti renunciantur in Academiis ſolenniter, quibus, præmiſſo prius examine in quo eruditio illorum qui ad hanc adſpirant dignitatem explorari ſolet, conceditur poteſtas publicè interpretandi iura deque iure conſulentibus reſpondendi, quorum tamen reſponſa vim iuris non obtinent, nec eandem poteſtatem habēt, quam veterum iſtorum prudentum reſponſa, quæ præiudicium faciebant, ſic, vt iudici in iudicando ab illis recedere minimè liceret. *d. §. reſponſa.*

Qu. 40. *An Doctores creati à Comitib. Palatinis gaudeant iiſdem priuilegiis, quib. creati in Academiis?* Solent quoq; eadem Imperatoria autoritate creari Doctores à Comitib. Palatinis, de quibus, vtrumne iiſdem gaudere debeant priuilegiis quibus gaudent ii, qui Academiis publicis ſolenni ritu creantur & renunciantur, controuertitur inter iuris interpretes, & à non paucis inſignis eruditionis Iuriſconſultis diſertè id negatur; ſed meo iudicio, ſine ratione, contra rationem.

Cum enim publicæ ac priuilegiatæ Academiæ hanc Doctores renunciandi facultatem à Cæſarea Maieſtate habent, gradumq; Doctoris cōferre non poſſint, niſi autoritate ſummi Principis, qui principium & fons eſt omnis dignitatis; ab eadem verò Maieſtate Cæſarea & Comites Palatini poteſtatem creandi Doctores obtineant, eiuſdemque autoritate titulum atque honores Doctorales conferant, ratio profectò dubitandi nulla eſt, quin iiſdem plane priuilegiis gaudeant & fruantur Bullati, quos vocant, Doctores, quibus in Academiis creati; cum eiuſdem cauſæ idem ſoleat eſſe effectus, eademq; operatio. Quod tamen ita procedit, ſi rigoroſo prius examini ſubiectus ſit candidatus ipſiusque ſcientia & eruditio (quæ de Doctoris eſſentia eſt) explorata atque ſummis iſtis honoribus digna fuerit deprehenſa, adeoque ipſe optimorum ordinis conſenſu & decreto aſpirante, approbatus ſit iuxta *l. magiſtros C. de Profeſſoribus & Medicis.*

His nihil refragantur argumenta quæ à Guidone Papæ *q. 88. & q. 338. nu. 11.* & Colero *proceſſ. exec. p. 2. c. 3. nu. 129.* in contrarium adducuntur.

Nam quod ex *l. ſi ita quis. 51. §. 1. ff. de legat. 2.* colligitur quod appellatione parentum non ſemper veniant adoptiui *l. 76. ff. de condit. & dem.* id ſane ad propoſitum noſtrum male accommodatur: non enim exinde inferre licet; igitur Doctores Bullatos non veros, ſed adoptiuos atque fictitios eſſe Doctores; quia vt benè ait Stephanus nulli ſunt Doctores naturales, vnde etiam nulli poſſunt dici Doctores adoptiui.

Et quod non ſint adoptiui & fictitii Doctores qui creantur à Comitibus Palatinis, ſed veri Doctores, non minus atq; creati in Academiis, exinde patet, quod vtriq; ab eodem, etſi non immediate, mediate tamen priuilegia ſua, honores & dignitatem nanciſcantur, vt ſupra oſtenſum fuit.

Minus obſtat argumentū Iohan. Fabri, quo in *§. Reſponſa I. de iur. nat. gent. & ciu.* aduerſus bullatos iſtos Doctores vtitur, ꝙ nempe Doctor Doctorē non poſſit creare, cum hoc ſolius ſit Imperatoris.

Reſp. Nunc enim oſtenſum eſt ꝙ Co-

mes Palatinus non creet Doctorem propria & privata autoritate, ſed authoritate Cæſarea. Et ſi hoc argumentum vllius eſt valoris, evincet quoque quod nec in Academiis renunciati Doctores Doctoralibus gaudeant privilegiis, quia & his inſignia, honores, titulus & privilegia Doctoralia à Doctore conferri ſoleant.

Eundem porrò ſenſus eſt quod Menochius [illegible] videtur bullatos Doctores non gaudere privilegiis doctoralibus quia non examinentur, cum tamen examinatio ſit de ſubſtantia Doctoris *ad l. Magiſtros Cod. de Profeſſ. [illegible] & Medic.* Nam ſpretis ſolennitatis & examinationem pariter [illegible] & probatum eſſe ab eiuſdem facultatis peritis Doctoribus ad numerum tribus, præſuppoſuimus atque ita, per [illegible] præſuppoſuimus, & [illegible], privilegia doctoralia à Comite Palatino conferri poſſe contendimus, quemadmodum & eadem communibus in Academiis conferri debent. Quod ſi hoc Doctores in promptu non habeat Comes Palatinus, ex vicinia accerſere debet, qui numerum adimpleant; alioqui in prætermiſſis hiſce eſſentialibus ſolennitatibus creatus Doctor pro legitimo habendus non eſt.

[illegible] modo non obſtat quod exiſtimo[illegible] bullati Doctores non admittantur, [illegible] requirit, vt non niſi Doctores vel Licentiati in collegium vel ordinem Eccleſiaſticum, vel [illegible] cooptentur, neque quod in Camera Imperiali non poſſint fungi munere aſſeſſoris nec commiſſarii, nec habeantur ad inſtar nobilium, nec aliis privilegiis Doctoribus veris competentibus, gaudeant.

Primo ſiquidem hæc allegantur duntaxat, non etiam probantur; deinde etiamſi ita ſeſe haberent, facti tamen eſſent, & non iuris, ob rationem paulò ſupra adductam, nec parum minuerent ſummam Imperatoris ſummi maieſtatem & potentiam, quaſi per Comitem Palatinum hæc ſua maieſtas tanta non poſſet æquè atque per privilegiatam Academiam exercere.

Equidem negari non poteſt quin magnus ſit huius facultatis Doctores creandi, apud Comites Palatinos abuſus, ſed conſiderandum viciſſim eſt, quod eundem abuſus plurimis in Academiis, proh dolor! occurrat. Et [illegible] eſt, propterea quod vnus ſuo iure abutitur, non ideo reliquos eodem eſſe privandos iure; nec propter abuſum [illegible] conſtringenda eſt Imperatoriæ Maieſtatis poteſtas, ſed hic potius abuſus in abutentibus coercendus.

Reſponſa porro prudentum, opiniones dicebantur & ſententiæ: opiniones quando dubitantes reſpondebant, ſiue controvertebant: ſententiæ verò cum aſſertive reſpondebant; ita Autor noſter. Sed ipſi aſſentiri non poſſum, adque propterea quod Iuſtinianus Imperator indiſtinctè reſponſa prudentum iuris civilis partem conſtituat *§. 3. & §. Reſponſa. Inſtit. de iure nat. gent. & civil.* iiſdemque authoritatem iuris tribuat, ita vt præiudicium faciant iudicibus, qui in iudicando ab iis opinionibus & ſententiis recedere nequeant. Atqui abſurdum foret dubitationes illas, controverſias atque ambigua prudentum reſponſa iuris partem facere, iiſque vim & autoritatem iuris tribuere ſic vt iudices ipſa in [illegible] ſequi tenerentur, nec ab iis recedere poſſent.

Quocirca opiniones [illegible] ſignificant quod ſententiæ, vt ſententiæ & opiniones ſynonyma ſint, prout non rarò apud bonos & probatos ſcriptores opinio pro ſententia vſurpatur, vt cum dicitur, hæc mea eſt opinio.

Cum reſponſis prudentum comparat Autor noſter ſupremarum curiarum placita, vt in Imperio Romano Cameræ Imperialis Litera D.

Imperialis ſententias: in Gallia Parlamentorum arreſta, ſic tamen vt hanc comparationem non ſimpliciter nec in omnibus procedere ipſemet fateatur. Et ſane quoad hoc differunt, quod talium curiarum ſententiæ præiudicium non faciant, aliis in cauſis, inferioribus iudiciis ſic vt eiuſmodi ſententias & opiniones ſequi ex neceſſitate cogantur: cum hoc ipſum diſertè Iuſtinianus prohibeat: *Nemo inquiens iudex, vel arbiter exiſtimet neque conſultationes, quas non rite iudicatas eſſe putauerit, ſequendum, & multo magis ſententias eminentiſſimorum præfectorum, vel aliorum procerum (non enim ſi quid bene dirimatur, hoc in aliorum iudicum vitium extendi oporteat, cum non exemplis, ſed legibus iudicandum ſit) neque ſi cognitionales ſunt ampliſſimæ præfecturæ vel alicuius maximi magiſtratus prolatæ ſententiæ, ſed omnes iudices noſtros veritatem & legum iuſtitiæ ſequi veſtigia ſancimus l. nemo 13. C. de ſentent. & interlocut.*

Quod eo magis admittendum quia iudices iurare debent quod ſecundum leges pronunciare velint. *l. rem non nouam. Cod. de iudic.* ad iſtas proinde ſententias adſtringi iudices nec poſſunt, nec debent.

Quæ. 41 *Quanta ſit authoritas gloſſæ?* Occaſione horum prudentum reſponſorum de gloſſæ quæritur autoritate quanta illa ſit, & num itidem in iudicando obſeruari neceſſariò debeat?

Equidem Bartolus in *l. vt vim. Digeſt de iuſtit & iure.* gloſſæ autoritatem maiorem eſſe dicit, quam omnium Doctorum. Et Bald. Gloſſam idolum aduocatorum vocat eique ſemper adhærendum dicit in *l. 1. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* & nefas eſſe exiſtimat gens aduocatorum à gloſſa vel latum vnguem recedere: id quod Fulgoſius antiquus iuris interpres in *l ſolutum Cod. de obligat. & action.* his verbis ampliſſime teſtatur. *In iudicando,* inquit, *temerarium eſſet attentare iſtud, quia communis Gloſſæ & Doctorum ſententia eſt, quod tranſeunt ſine ceßione, & noſtris quanta ſit autoritas Gloſſarum? Nonne heri dixit Cynus Gloſſam timendam eſſe propter præſcriptum idololatriam per aduocatos, ſignificans quod ſicut antiqui idola adorabant pro Diis: ita aduocati adorant Gloſſatores pro Euangeliſtis: Volo enim potius pro me Gloſſatores quam textum. Nam ſi allego textum, dicunt aduocati diuerſæ partis & etiam iudices, credis tu quod Gloſſa non ita viderit illum textum, ſicut tu? Ego recordor, (& ſit iſtud pro nouo) quod dum eſſem ſcholaris, eram ſatis acutus, & dum ſemel eſſemus multi ſocii in vna collatione, auſus fui vnum textum allegare contra ſententiam Doctoris mei, tantam audaciam habui. Dixit vnus ſocius, tu loqueris contra Gloſſam quæ dicit ſic: Et ego reſpondi, etſi Gloſſa dicit ſic, ego dico ſic, ignarus auctoritatis Gloſſatorum: credebam enim quod eſſent communes apoſtillæ, ſicut ſuper Virgilio & Ouidio: ſed tamen non ita eſt: fuerunt enim Gloſſatores maximæ ſcientiæ viri & autoritatis: & ſi aliud non eſſet quàm Gloſſarum ordinatio, & de quibus poteſt dici, quod arbitror de nullo dici poſſe, videlicet quod totum corpus iuris viderint. Magis ergo ſtandum eſt iis, qui viderunt, quam nobis, qui non vidimus.*

Cæterum ſaniores iuris interpp. non exiſtimarunt tantum tribuendum eſſe autoritatis Gloſſæ, vt ab illis recedi non poſſit. Sed ita potius ſtatuendum cenſerunt, Gloſſæ, quantumuis magnæ ſit autoritatis, non eſſe credendum niſi dictum ſuum probet lege vel ratione Iaſon in *l. 19. C. de collationibus* ſed tunc demum fidem ipſi habendam & autoritatem accommodandam, quando vel iure, vel rationibus fundatis nititur & à textu non diſſidet Zaſius *conſil. 4. num. 14.* Schaderus *tract. feud. part. 10. ſect. 5. num. 63. & part. 2. pr. part. 9. ſect. 3. num. 38.*

Et ratio huius perſpicua eſt: cum enim iudices iubeantur ſecundum leges & iura

iura iudicare *d.l.nemo C.de ſentent. & interlocut.* atque ad hoc iureiurando ſeſe obligare teneantur *l. rem non nouam.C.de iudic.* Idcirco niſi Gloſſa ſit vel in iure, vel in iuris ratione fundata, in iudicando non eſt obſeruanda. Multo vero minus legibus earundemq; rationi anteferenda.

Sed anne Gloſſa communi Dd.opinioni ſit præferenda porro quæritur? Ego etſi parum admodum autoritatis cõmuni opinioni tribuendum exiſtimem, ſi tamen non repugnet textui aut rationi iuris in dubio Gloſſæ præferendam cenſeo, quia præſumantur duo facilius veritatem videre, quam vnus.

Hodie ICtorum Doctoris titulo inſignitorum autoritas non eſt neceſſaria, ſed probabilis duntaxat, probabilis vero ideo, quoniam artifici credendum eſt in ſua arte, maxime ſi publicum conſecutus ſit teſtimonium eiuſque dexteritas atque peritia à peritiſſimis fuerit probata: neceſſariam tamen, vt dixi, autoritatem non habent, ſic vt ſententiæ ipſorum ſint per omnia ſequendæ, ipſiſque iudex tenaciſſime inhærere teneatur propter ſacratiſſimi Imperatoris conſtitutionem in *d.l. Nemo C. de ſentent. interlocut.* vbi prohibet ſeuere in iudicando aliorum ſequi ſententias, & iubet ſecundũ leges & iura pronunciare.

Ex eo tamen, quod dictum eſt autoritatem probati Doctoris probabilem eſſe rectè colligitur quod is probabilem præſumatur litigandi cauſam habuiſſe, qui conſilium duorum Doctorum approbatorum, pro ſe habuerit.

Lit. A. & B.

RESOLVTIO THESIS OCTAVÆ.

Qu. 42. *Quænam ſit autho ritas cõmunis opinionis?*

CVm olim prudentum opinioni tanta fuerit tributa vis, tanta autoritas quæri ſolet, ec quęnam igitur ſit communis Doctorum opinionis autoritas? Equidem Aduocati & Pragmatici, antiquiores præſertim, nihil non tribuendum ei cenſent, ſic vt ab ea recedere religionem eſſe iudicent. ego autẽ ſic ſtatuendum cenſeo: cõmunes Dd. opiniones, ſi ratione & autoritate iuris ornatæ ſint, atq; munitæ, iuris vim & autoritatem habere, ac proinde venerandas, & ab omnibus maximi faciendas eſſe: non tàm quod cõmunes ſint interpretũ ſententiæ, quã quia iuris ſint, ac ſolidâ ratione ſubnixæ: ſin autem verâ ratione deſtituantur, & à iuſtitiæ via aberrent, illas in iudicando ac conſulendo nõ modò non ſequendas, ſed etiam ceu peſtem veritatis & iuſtitiæ longè nocentiſſimam, fugiendas eſſe: ita vt ſi neglecta & ſepoſitâ iuris ratione, iudex ſecundũ cõmunes Doctorũ traditiones iudicet, non ſolum imperitè iudicaſſe cauſamq; ſuam feciſſe, verumetiam partium iura malitioſe ſubuertiſſe haud immeritò dicatur.

Nam ſi primò communis opinio cauſas & originem paulò ſcrutemur diligentius, pariunt illam vtplurimum tres iuſtitiæ & veritatis hoſtes truculentiſſimi προσωποληψία, error & auaritia. Si quis enim eruditionis fama conſpicuus & pręcipua in autoritate conſtitutus, vel gratiâ perſonarum, quibus de iure conſulentibus reſpondet, motus: vel errore aliquo (quod in tanta iuris noſtri amplitudine peritiſſimo etiam cuiuis accidere poteſt) lapſus, aut pecuniâ & largitionibus obcæcatus, conſulentibus de iure contra ius reſponderit. Hunc illicò cæteri, autoritate eius ducti, non aliter, atque aues regales, præuolantem vnum alatis pedibus inſequuntur omnes, & ad inſtar ouium, eò vniuerſus Doctorum grex tendit, quò primus curſum ſuum direxerit: nec quibus is rationibus nitatur recto iudicio perpendunt; ſed rapidi inſtar fluminis, in quasvis tantùm non abſurdas opiniones prolabuntur. Hinc communes opiniones quas poſtea imperitum vulgus ceu idolum vulgus, adorat, & vt oraculum veneratur, pronaſcuntur, ex quo

ex quo vel ſolo, luce meridiana clarius euadit, quam periculoſum ſit, poſthabitâ ratione iuris, ſolâ communi opinione niti, & quam ſit procliue ſub autoritate eius periculoſè errare.

Et quid multis opus? quam lubricum & arenoſum ſit iuris fundamentum communis opinio, nõ aliunde melius, quã exinde cognoſcere licet, ꝙ plerunq; ambiguum ſit & incertum quænam ex diuerſis & diſcrepantibus communis ſit opinio; dum alii hanc, alii aliam communem aſſerunt, & pro vtraque autores, & numero & autoritate pares allegant; quin imò communem ſæpè contra communem producant. Vt taceam, quod necdum hodie inter communis opinionis patronos certo conſtet, quidnam ſit communis opinio: ſi enim quidquam inter iuris Doctores controuerſum eſt, id certè hoc ipſum eſt. Sunt enim primo quidam non poſtremi nominis Iurisconſulti, qui ſolam Gloſſam à Bartolo approbatam, communem opinionem conſtituere aſſerunt: quoniam ſcilicet Bartolus eſt auriga iuris, in cuius dictis ſemper eſt veritas & in quo habitat ipſiſſima veritatis ſubſtantia & propterea ipſum cæteri omnes, tanquam anteſignanum & principem ſequi, eiuſdemque ſententiam, vt veritatem ipſam adorare & amplecti debeant. Alii verò Gloſſam non ſolum à Bartolo; ſed etiam ab alio quouis Doctore eximio & eruditionis laude conſpicuo approbatam, communem opinionem facere contendunt. Quibuſdam placet Gloſſam trium inſignium Doctorum ſuffragio confirmatam, communem dicendam eſſe. Nonnulli communem opinionem ſeptem Doctorum calculo, inter quos ſit Gloſſa, Innocentius, Hoſtienſis, Speculator, Bartolus, vel alius quiſpiam eximiæ autoritatis Iuriſconſultus, definiendum cenſent. Non deſunt denique, qui communem non ex numero Doctorum eam approbantium; ſed ex rationibus potius, quibus illa opinio nititur, æſtimari volunt; ſic vt illa demum pro communi ſit reputanda, quæ melioribus & firmioribus ſuffulta eſt rationibus, quotcunque tandem ac qualeſcunque habuerit patronos. Vſque adeò incerta res eſt communis opinio, vt illi etiam ipſi, qui nihil non autoritatis ei tribuunt, eandemque pro oraculo habent, in deſcribenda ea plurimum hæreant, variasque in ſententias diſtrahantur. Num igitur ſolidum in illa iuſtitiæ iudiciorumque fundamentum conſtitui exiſtimandum? Num illi plus fidei habendum, quàm prudentiſſimorum Iurisconſultorum reſpõſis, quæ tanquam oracula antiquitus culta & obſeruata fuerunt: quam Diuorum Imperatorum Conſtitutionibus, quæ Deorum voces ab omnibus habitæ ſunt: quam ipſi denique æquitati, quæ baſis & fundamentum eſt iuris ac iuſtitiæ, qua ſublatâ, iuſtitiam ipſam interire & emori oportet?

Sed ne in rationibus ſolis fundamenta ſententiæ meæ collocare videar ad ipſa legum oracula & iura ſacratiſſimorum Imperatorum me conferam: quid enim laudatiſſimæ memoriæ Imperator Iuſtinianus? Quid Triboniano, viro magnifico: quid cæteris iuris noſtri compilatoribus præcepit, quid iniunxit? Ne ex multitudine auctorum, quod melius & æquius eſt, iudicarent: ſed ex ratione potius recta, ipſaque æquitate de re quaque ſtatuerent. Cum fieri poſſit, vt vnius alicuius deterioris, ſeu minoris autoritatis ICti ſententia verior & melior ſit, multorumq; maiorum opinionem ſuperet, ac vincat, *l. 2. C. de iure vet. enucl.*

Quid præclarius, quid dilucidius in hanc meam ſententiam dici poſſit, non ſane reperio. Optandum profectò eſſet præceptum hoc Iuſtiniani ſaluberrimũ, in hunc vſq; diem vniuerſos iuris Interpp.

præ oculis habuiſſe, non tot tetris ac craſſis erroribus ius noſtrum contaminaſſent: ſed poſtquam nomina commentatorum numerare, quam ſaniorum Interpp. partes ſequi maluerunt, factum eſt, vt exploſa ratione iuris, legibus item que è foro, è iudicio, è curia proſcriptis & eliminatis nihil ferè præter traditiones & ſomnia interpretum, nobis relictum ſit, non ſine exiguo iuris noſtri damno & dedecore. Marcellus equidem eximiæ eruditionis Iureconſ. iuriſque peritiſſimus contra communem Iuriſconſultorum opinionē pro æquitate reſpondere nil quicquam dubitauit.

Cum enim, referente Vlpiano libro trigeſimo ſexto ad Sabinum, inter antiquos iuris peritos lis eſſet, atque contentio acerrima. An ſi maritus dotem, nulla prius deductione facta, integram poſt ſolutum matrimonium reſtituiſſet, id, quod pro impenſis neceſſariis penſari ſolet, poſſet tanquam indebitum, condictione indebiti repetere: in hac concertatione Marcellus Conſultus, æquitatem, quam præ oculis ſemper habendam Imperatores monent, veramque rationem ſecutus, condictionem admittendam reſpondit. Et quanquam contradictores haberet pleroſque & (vt credibile eſt) non è vulgo Doctorum, ſed eos qui opinione doctrinæ ſupra vulgum erant & autoritate plurimum pollebant. Vlpianus tamen nil vel authoritate illorum, vel multitudine motus intrepide & abſque hæſitatione vlla reſpondit: *Etſi plerique contradicant, tamen propter æquitatem Marcelli ſententiam admittendam eſſe l. 5. §. pen ff. de iure dotal.* Equidem ſi communis opinio, vt illi volunt, rationi & æquitati prædominari, & in foro ac iudiciis primatum obtinere deberet; cauſam profectò Vlpianus habuiſſet iuſtiſſimam à Marcello diſſentiendi & ſententiæ *Plerorumque* ſubſcribendi. Verum plus apud ipſum valuit vera ratio, quam opinio, plus æquitas, quam Doctorum auctoritas.

Cæterum cum hoc clariſſimorum Iuriſconſultorum, Vlpiani, inquam, & Marcelli teſtimonio longè clariſſimo, communem opinionem valdè premi eiuſque autoritatem non parum labefactari animaduerterent communis opinionis præcones, nihil non excogitarunt, quo teſtimonium hoc longe dilucidiſſimum eluderent. Et, vt alia nunc, quæ illi in medium adferre ſolent, ſilentio prætercam: illorum qui ſubtiliſſimi haberi volunt, diſſidium hoc omne diſtinctionis fœdere conciliandum exiſtimant: ſic, vt in diſputando, vbi non, quid receptum; ſed quid verum ſit, quidve rationi iuris conueniat, quæritur, communis opinio non attendatur, nec rationem vincat aut leges: in conſulendo autem & iudicando vim & vigorem iuris obtineat; ſic etiam, vt rationi & textui iuris prævaleat. Quandoquidem Doctori in conſulendo liceat adducere opiniones reprobatas, vt quæ multum conducant ad ornatum conſilii, ſi in principali capite iuſtitia adſit, & inſuper iudices imperiti moueantur, quandoque magis ex ratione ficta, quam vera, & plus moueantur autoritate Doctorum, quam ratione iuris.

Verum folia hæc ſunt ficulnea, quibus pudendum errorem ſuum contegere ſtudent, ſed conatu prorſus irrito.

Quid enim? annon hoc ipſum eſt, de quo nunc conquerimur, & de quo omnis propè ætatis ſaniores Iuriſconſulti conqueſti ſunt grauiſſimè, quod è iudiciis, è foro, è tribunalium ſubſelliis, ratione & æquitate exploſa, ipſaque veritate proſcripta, opiniones & errores Gloſſatorum recipiantur temerè: nec amplius quid verum, ſed quid receptum ſit attendatur?

Nam

Nam proh Deum atque hominum fidem! quid hoc aliud eſt, quam iura petulanter ſubuertere, iuſtitiam funditus conuellere, iudici turpiter imponere, à via denique iuſtitiæ eum abducere, eidemque ad inique iudicandum anſam & occaſionem præbere ampliſſimam.

Vt ita hoc ipſo prætextu, quo errorem ſuum tegere aduerſarii conantur, magis eundem magiſque detegant, ipſiusque turpitudinem ſic omnium conſpectui exponant, vt nemini non liqueat, quam periculoſum pariter & pernicioſum ſit, ſoli opinioni communi, quæ ratione iuris non fulciatur aperta, inhærere.

Conſtantinus equidem Imperator omnium ætatum memoria celebratiſſimus in *l. 8. Codic. de iudic.* in omnibus rebus iuſtitiæ & æquitatis præcipuam rationem habendam, ſeriò præcipit, quod præceptum ad iudices quoque, atque ad hos vel imprimis ſpectare, exinde relucet perſpicuè, quod conſtitutio iſthæc Conſtantini ſub titulo, qui in Codice noſtro *de iudiciis* inſcribitur à Iuſtiniano ac compilatoribus iuris fuerit collocata. Qui ergo in iudicando æquitati, cuius omnibus in rebus præcipuam rationem haberi Conſtantinus iubet, communem interpp. opinionem & Gloſſam præferendam dicemus.

Verum enim verò obſtrepunt hîc nobis verborum quidam captatores, vocum aucupes, nugarum architecti, exclamant altà voce, audiendum hic quoque Vlpianum Iuriſconſultum poſt hominum memoriam acutiſſimum, attendendum probeque expendendum quid ipſe hac de re ſtatuat, quid ſcribat, quid iudicet? Quid igitur ille? *Multa*, inquit, *in iure ciuili contra communem diſputandi rationem, pro vtilitate communi eſſe recepta.* Sed ſi quis in mentem Vlpiani Iuriſconſulti optimi & peritiſſimi, diligentius inquiſierit, meo iudicio facilè deprehendet, nihil ipſum omninò ſententiæ noſtræ aduerſari, nec communi Interpp. opinioni patrocinari. Vt enim non minimas quaſque ſubtilitates atque minutias inſectandas, nec ad viuum omnia in iure reſecanda putamus, ſed, nimia quandoque vtilitate ſepoſita, publicum bonum ſpectandum & ipſi arbitramur; ita viciſſim nihil temerè recipiendum, aut receptum tollerandum, niſi quod rationem ſapiat æquiſſimam, cenſemus.

Sic enim & Celſus ſuæ ætatis grauiſſimus Iuriſconſultus, *id*, inquit, *quod non ratione introductum; ed errore primùm, deinde conſuetudine obtentum eſt, obſeruari minimè debet l. 39. D geſt. de legibus.* Quapropter, niſi mea me ratio fallit, hoc voluit ac ſenſit Vlpianus: ſubtilitati iuris non ita adhærendum, vt potior eius, quam publici boni ratio habeatur, ſed eâ aliquando relicta publicam ſalutem, tàm in iure conſtituendo, quàm interpretando, potius ſpectari debere. Quandoquidem vniuerſæ leges noſtræ ad bonum publicum ac ſalutem Reipublicæ tanquam ad ſcopum vnicum collimare debent. Et vt præclarè admodum M. Tullius Cicero dicebat: ſalus populi ſuprema lex eſſe debet. Nihil proinde Vlpianus pro communi opinione dixit, nec quicquam ſcripſit, quod in patrocinium eius, vel probabili ſaltem ratione detorqueri poſſit.

Sed videamus porro, quib. aduerſarii noſtri, communis opinionis patroni, fundamentis nitantur, quibus rationibus errorem ſuum fulcire conentur.

Principio, inquiunt, nemo eſt omnium, qui vel per tranſennam ius noſtrum aſpexerit aut à limine ſalutarit, qui non exinde didicerit, errorem communem ius parere: teſtantur ſiquidem hoc ipſum clariſſima prudentum reſponſa, vt, qui inficias iſtud ire conetur, omnium iudicio, iuris imperitiſſimus, meritò reputetur. Atque vt alia nunc, quæ in fidem huius produci ſolent, ſilentio inuoluam: illud ad rem imprimis facere exiſtimant,

Digitized by Google

mant, quod de Barbario Philippo, ſeruo fugitiuo, poſt verò Romæ ex errore in prætorem creato, refert ac reſpondet Vlpianus in *l. 3. ff. de offic. prætor.* Id autem ſic ſe habet. Seruus quidam fugitiuus nomine Barbarius Philippus, cum Romæ multis annis ita ſe geſſiſſet, ita vixiſſet, vt populo Romano ſeſe à fide & integritate ſimul & prudentia ſingulari, magnopere commendaſſet omniumque ciuium Romanorum opinione liber & ingenuus creditus eſſet, tandem in comitiis, ad quæ ſe contulerat candidatus, ſuffragio populi Romani, prætor eſt deſignatus: quo officio præturæ, cum per menſes aliquot Romæ, qua par eſt fide & diligentia, eſſet functus, multa edixiſſet multaque decreviſſet, petentibus etiam ius reddidiſſet, apparuit tandem ipſum ſeruum eſſe fugitiuum, atque per errorem in prætorem fuiſſe creatum. Quo errore patefacto, quæri ac diſputari cæpit, an ea, quæ Barbarius Philippus, prætura fungens, edixiſſet, quæque decreuiſſet rata haberi deberent? Erant qui negatiuam tuerentur, eò quòd ſeruus, qui iure ciuili pro mortuo & nullo habetur, atque ab omnibus ciuilibus officiis excluditur, ius dicere ac iudicare nequeat: veruntamen Vlpianus, ea de re conſultus contrà reſpondit, benignius & humanius eſſe nihil eorum, quæ geſta queque decreta fuere reprobari. Hoc autem ex aduerſariorum noſtrorum mente, non aliam ob cauſam, quam quia error ille communis, quo Barbarius Philippus liber iudicatus & prætor Romanus creatus fuit, ius pariat. Cui non abſimile eſt illud, quod Iuſtinianus Imperator in §. 7. *Inſtitutionum de teſtam. ordin.* proponit. Cũ enim, vt illic ſcribit, ſeruus quidam, omnium opinione liber exiſtimatus, teſtis in teſtamento adhibitus eſſet: poſtea autem ſeruus apparuiſſet, quæſitum conſimiliter fuit, an teſtamentum illud in quo ſeruus teſtis fuiſſet, ſuſtineri poſſet? Et videbatur prima fronte reſpõdendũ, quod non, cum ſeruus, vt qui nullam iuris Romani communionem habet, in teſtamento, quod quoad ordinationẽ iuris ciuilis eſt, teſtis adhiberi nequeat: hac tamen ratione non attentâ, placuit Imperatori noſtro teſtamentum ſubſiſtere: idque ideo, quod eo tempore quo teſtamentum ſignaretur, omnium opinione ac iudicio teſtis ille liber fuerit iudicatus, nec quiſquam exſtiterit, qui ſtatus ei quæſtionẽ mouiſſet. Et quid in re perſpicua multis opus? inquiunt aduerſarii noſtri, cum adeò diſertis verbis Paulus noſter errorem ius parere ſcribat in *l. 3. ff. de ſuppell. legat.* Quod ſi itaq; error communis ius facit, & pro iure habẽdus eſt, prout nunc ex teſtibus, ordinè recitatis manifeſtum euadere videretur, quanto magis opinio ac ſententia communis prudentiſſimorum peritiſſimorumq; hominum? qui nihil temerè, nihil inconſiderate: ſed omnia ſapienter, omnia conſideratè, prudenter omnia ſcripſiſſe ac reſpondiſſe cenſeatur. Atq; hoc argumentũ validiſſimum eſſe aduerſarii putant & eiuſmodi, quod ne à Carneide quidem, ſi reuiuiſceret vllo modo diſſolui poſſet: itaq; multis atque ad nauſeam vſq; hanc rationem inculcant totaque nugarum plauſtra ſuper hoc vno argumento fundunt. Sed videamus quæſo, quid valeat cuiusque ponderis ſit, atque momenti. Errorem aiunt communem ius facere, atque id legibus noſtris clarè probare dictitant. Verum malè, & ſi quid vnquam, peſſimè. Quis enim tam noſtrûm ignarus eſt & iuris imperitus, qui neſciat, leges conſenſu populi fieri, indeq, à Papiniano & Oratore Demoſthene decretum hominum prudentum, itemque virorum prudentum conſultum appellitari: conſenſui verò nihil tàm contrarium eſſe quam errorem, vt; qui imperitiam detegat, ipſe Vlpianus reſpondit: vt ita iuri vix quicquam magis repugnet, quam error. Quapropter

propter iniuriam haud certe exiguam optimo Imp. Iuſtin. ac prudentiſſimis Iuriſconſultis noſtris faciunt, maculamq; non leuem iuri noſtro aſpergunt, dum ex legum ciuilium penetralibus hunc ſtupendum errorem ſuum extorquere, & ius ex errore naſci euincere conantur. Vlpiano ſane huiuſmodi quid in mentem nunquam veniſſe iurare auſim. Certe ipſum hoc in citata *l.3.* non ſenſiſſe, textus ipſe plus quam manifeſte edocet. Non enim ea, quæ prætura fungens Barbarius Philippus edixerat, quæque decreuerat, errore poſt deprehenſo, idcirco ſuſtineri voluit, quod ex errore communi, qui iuris inſtar ſit, prætor is fuerit creatus, ſed potius, quod cum humanitas ipſa, tum vtilitas illorum, qui apud falſum iſtum Prætorem lege egerant, ſuaderet, ne ea, quæ geſta ſub ipſo, quæque transacta & compoſita erant retractarentur; ſed his potius ſubueniretur, qui iuſto & probabili errore fuerant decepti: maximè cum & publicum bonum requirat ſæpe, vt multa facta durent; quæ alias fieri prohibentur, prout ipſe Vlpianus alibi teſtatum reliquit.

Eiuſdem ponderis eſt, quod ex *d.* §. 7. *de ordin. teſtam.* producunt: quod enim illic teſtamentum ſuſtineri dicitur, non in cauſſa eſt communis hominum error; ſed imperium & poteſtas Cæſarum, qui ex ſingulari humanitate, ob ſingularem vltimarum voluntatum fauorem, quas exitum ſortiri priuatim ac publice intereſt eiuſcemodi teſtamentum, quod alioqui ſtricto iure corruiturum erat, ſuſtineri voluerunt, ſicuti claris & perſpicuis verbis ipſe ibidem Iuſtinianus teſtatur.

Quod denique Paulus errorem ius facere dicit, id non eo ſenſu accipiendum, quaſi ſerio ſuaque ex ſententia errorem ius parere ſtatuat; ſed quod pro admirabili potius & abſurdo id habeat, prout hoc nouiſſime iuris interpres ſubtiliſſimus Antonius Faber, non minus vere, quam eleganter eſt interpretatus. Non igitur eſt, quod tantum in errore cōmuni erroris ſui præſidium aduerſarii ponāt: quandoquidem iuri nil magis, quam error repugnat: tantum abeſt vt error ius parere debeat.

Sed conſuetudo, porro inquiunt, inueterata ſolius populi conſenſu introducta, vim habet iuris ac pro lege cuſtoditur: cum tamen initium illa ab vno ſortiatur: & à rudi ac imperito populo inducatur: quare igitur cōmuni Doctorum opinioni, quæ non ab vno aliquo, ſed à pluribus ac plerisque, nec à rudi & imperita multitudine, quæ præcipiti ac temerario, in rebus fere omnibus, iudicio vtitur; ſed à viris prudentiſſimis omnique politiori literatura excultiſſimis proficiſcitur, vis eadem & autoritas denegaretur.

Argumentum me habere elumbe atque inualidum tantisque viris plane indignum toto quippe cælo à veritatis via aberrant, dum res vſque adeo diſſimiles comparant. Quantum n. à cœlo terra, tantum inueterata populi conſuetudo à communi Dd. opinione diſtat. Conſuetudo inducitur ab illis, penes quos iuris condendi reſidet poteſtas, communis vèro opinio proficiſcitur ab iis quibus hac poteſtate interdicitur: conſuetudo rationabilis eſt, & pro anima & eſſentiali forma rationem habet. At communis opinio ratione vt plurimum deſtituitur.

Nec valde moueor eo, quod reſponſa prudentum, quæ Iuſtiniano definitore, opiniones ſunt, atque ſententiæ eorum, quibus de iure reſpondere ac iura interpretari olim permiſſum erat, eam antiquitus autoritatem obtinuerint, & iudici ab illis in iudicando recedere licitum non fuerit.

Quid enim commune vel ſimile habet communis opinio cum reſponſis prudentum? Aut potius quid non diſſimile? Reſponſa prudentum erant ſententiæ,

ſeu opiniones non quorumuis, ſed illorum duntaxat, quibus à Cæſare de iure reſpondere iuraque interpretari ſpecialiter erat permiſſum; adeoque vim omnem & autoritatem ſuam non tam à prudentibus, quam à Cæſarea maieſtate accipiebant. Communis vero opinio etiam illorum eſt, quibus ea poteſtas ab Imperatore tributa non eſt. Reſponſa prudentum ratione ſemper nitebantur iuſta: quis enim crederet viros prudentiſſimos omnique eruditionis genere abundantiſſimos, autoritate Imperatoria quicquam reſpondiſſe, quod non prægnantem rationem, ac ſummam haberet æquitatem? Contra vero communis Interpp. opinio irrationabilis plerumque eſt. Et hæc quidem per ſe ipſa ſua luce perſpicua, ac tam clara nota, etiam in vulgus ſunt, vt maiorem facem adhibere omnino non ſit opus.

Quocirca ad obices robuſtiores progrediamur, vt quibus præterea nitantur fundamentis, videamus. Ius, inquiunt, ciuile omniumque gentium duobus vel tribus teſtibus quacunque de re deponentibus fidem haberi iubet.

Quin & Saluat. noſter in ore duorum aut trium omne firmari verbum aſſerit. Cur igitur multo magis non duobus ſaltem, aut tribus, ſed pluribus ac pleriſque iiſdemque rerum ac iurium peritiſſimis de iure teſtantibus fides non accommodaretur? Perpendite quæſo mecum æquo iudicio egregium hoc aduerſariorum fundamentum: animaduertite quam imperite iura cum factis confundant. Duorum triumue teſtium teſtimonio ea firmantur, quæ facti ſunt atque in facto conſiſtunt: quoniam eius ſunt generis, vt exteriori corporis ſenſu, auditu inquam, viſu, aut tactu percipiantur, ac proinde circa ea errare tam procliue non ſunt. At quæ iuris ſunt, cum non ſenſum exteriorem incurrant, ſed intellectu animi & ratione percipiantur: ratio vero longe facilius à vero, quam ſenſus externus aberrare poſſit: idcirco de iure duobus aut tribus teſtimonium dicentibus, niſi euidentem teſtimonii rationem adducant, fides haberi non debet. Hinc etiam diuorum Impp. conſtitutiones de his ſaltem, quæ ſenſu aliquo corporis percipiuntur teſtes deponere iubent.

Hoc igitur rationum præſidio aduerſarii deiecti poſtremo ad leges imperiales, tanquam ad ſacram anchoram, confugiunt, in iiſdem deſperatæ ſuæ ſententiæ receptaculum quærunt. Quod enim Vlpianus *in l. 4. de his qui not. infam.* Sabini & Caſſii ſententiæ, tanquam omnium calculo approbatæ, ſubſcribit: quodque idem Vlpianus *in l. 12. de instruct. & inſtrum. legato*, ſuam ſententiam Sabini & Caſſii autoritate corroborat, eorundemque opinionem quotidie creſcere & inualeſcere dicit: & quod denique Modeſtinus *in l. 13. Digeſt. de excuſat. tutor.* contra verba legis expreſſa Ceruidii, Scæuolæ, Iulii Pauli & ipſius Vlpiani ſententiæ accedit; hoc, inquam, communi Interpp. opinioni ſummam autoritatem conciliare, eandemque aduerſus omnium machinas ſic munire perſuaſum habent; vt nemo amplius ei contradicere, nec aduerſus eam vel hiſcere audeat? Verum & hic, me iudice, à vero aberrant longiſſime: non enim Duum-viris iſtis eximiis, Vlpiano, inquam & Modeſtino in mentem vnquam venit communi opinioni vim tantam & autoritatem aſſerere, vt rationi vel iuri expreſſo præferri deberent: vt quorum ille Marcelli ſententiam propter æquitatem, qua nitebatur, plerorumque opinioni præferendam alibi expreſſe ſcripſerit. Alio igitur, ſpectant prudentum illa reſponſa: &, vt de Vlpiani mente prius diſſeram, Caſſii ille & Sabini ſententiam non propterea approbat, quod ea Caſſii ſit & Sabini, nec quod plerumque aut omnium iudicio comprobata ſit; ſed quod vtilis ſit & ratione

tione æquiſſima nitetur. Id quod ipſe Iurisconſultus haud quaquam diſsimulat, dum in præcitata *leg. quarta* Caſſii & Sabini ſententiam omnium ſuffragio receptam, idcirco ipſe ſequitur, quia ſic ſtatui ſit vtile, vt nunc taceam quod Vlpianus Caſſii & Sabini ſententiæ non tanquam communi, aut plerorumque, ſed tanquam omnium opinioni ſubſcribat. De Modeſtino idem iudicium eſto: Ceruidii n. Scæuolæ, Pauli, Vlpiani cæterorumque iuris coriphæorum ſententiam recipit ipſe & probat non aliam ob cauſam, quam quia illa menti & rationi legis, à qua illic verba legis diſcrepabant, per omnia congruat, & vt maxime Modeſtinus ſola Iurisconſultorum moueretur autoritate, opinio tamen iſta neque ab ipſo Modeſtino, neque à cæteris iurisperitis vim & vigorem iuris haberet; ſed ex ſolius Imperatoris perſona autoritatem omnem caperet, vt, qui vniuerſa illa, quæ autoritate eius, operaque compilatorum, in ius noſtrum relata ſunt, ex ſua perſona & tanquam à ſe profecta accipi voluerit. Ex his opinor intelligitur, quid communi Doctorum opinioni autoritatis tribuendum: percipitur quam lubricum ac debile ſit fundamentum communis opinio, quam periculoſum ſit ſola communi opinione niti: quam denique pernicioſum ſit rationi eam ac iuri anteferri.

Illud tamen minime inficior, in dubio, cum non aperte rationi rectæ aduerſatur communis opinio, & æquitate aliqua vel probabili ſaltem ratione nititur, aut ſane ab ea non recedit, præſumptam facere veritatem & opinioni atque ſententiæ vnius ſaltem Doctoris, ratione deſtitutæ, anteferri debere, cum præſumptio ſit, oculos plus videre, quam oculum, & à multis veritas perfectius haberi poſſit, quam à paucis.

Illud certum eſt, quod & ſupra monuimus communem opinionem ſummam habere autoritatem in praxi, eamque in dubio obſeruari & omnino obſeruandam eſſe, niſi aperti erroris conuincatur: tunc enim veritas opinioni falſæ merito præfertur.

Et quod in foro id obſeruetur, quod communiori Dd. calculo receptum eſt, multis legum noſtrarum monumentis perſpicue euincitur. Textus eſt *in leg. 1. paragraph. eodem autem tecto, ibi: & ait ſextus ſic eſſe ſæpe iudicatum Digeſt. ad Syllan. & ſingul. text. in l. 39. paragraph. ſi Stichum ibi: Lab. & officij ſententia rationem habet, ſed hoc iure vtimur D. de ſtatu lib. & paragraph. fin. Inſtit. de ſatisd.* vbi Iuſtin. *ait, omnia apertius à quotidiano iudiciorum vſu, ipſis rerum documentis apparere.* Facit text. *in leg. Labeo. 21 de ſtatu lib. ibi, morem agentium ſequi debemus: & text. leg. prim. tert. Cod. d. ædific. priuat. ibi, probatiſſimis,* quæ in oppido frequenter in eodem genere controuerſiarum ſeruata ſunt, & text. *in l. ad finem verſ. impubes. ff. ad Syllan.* ibi, *ſolet hoc in vſu obſeruari.*

Hic igitur eſt verus ſtudii practici cum Theorico coniungendi fructus, vt neque minutias omnes Theoricas nimis admiremur inq; illis diutius immoremur; neq; quamuis opinionem, autoritate Dd. ſubnixam atque errore introductam, admittamus. Qua de re notabilis eſt elegantiſſima Arii Pinelli ſententia, in hæc verba ſcribentis: *Ego autem poſt longam legendi profeſſionem, poſtque diligentiſſimam foro nauatam operam, in ea ſententia ſum, vt theorica ſine praxi digeſtam ſolidamque iuris cognitionem præſtare nequeat, praxique abſque theoria maxime periculoſa & manca euadat:* quam in rem memoranda ſunt verba Quintil. *lib 12. cap. 6. dum*, inquit, *& hercle quantumlibet ſecreta ſtudia contulerit, eſt tamen proprius quidã fori profectus, alia lux, alia veri facies: pluſq; ſi ſepares, vſus ſine doctrina*

Qu. 45. *Quomodo Theoria cum praxi ſit coniungenda?*

quam

quam circa vſum doctrina valeat. Sic alibi *Plin. ad Nepotem*, veras lites in foro appellat, ſcholam vero rem inermem.

Quo etiam pertinet de hac eadem re accuratiſſimum acutiſſimi Antonii Fabri iudicium, qui in præfatione erroribus pragmaticorum præfixa ita elegantiſſime ſcribit: *Quod de virtutibus vere proditum eſt, præcipuam earum laudem in actione, non in contemplatione conſiſtere, idipſum ſane de ſcientiis omnibus perinde dici poteſt, ſi eæ excipiantur, quæ contemplatione adeo conſtant, vt actionis penitus ſint expertes. Neque vero inſulſe Doctores iſtos* ἀπράκτους καὶ τῆς πράξεως ἀδαεῖς *cotibus aſſimulauerim, quæ acuendis gladiis, vt pungere & ſcindere poſſint, aptiſſimæ, ad pungendum tamen vel ſcindendum ſunt ipſæ prorſus inutiles, & inefficaces. Itaque cum iuris non ſcientiam, ſed prudentiam dicere ſoleamus, fatebor equidē iuriſperitos eos eſſe, at non æque prudentes, niſi nouo fortaſſe prudentiæ genere, quæ tota in docēdo dicendoq; tantū, non etiam in agendo verſetur. In eoque mirandum certe, neſcio an dolendum potius eſt, tot ætate noſtra præſtantiſſimos Iureconſultos ſibi defuiſſe, qui in tradenda diſciplina; ne Papiniano quidem, vt videbantur, inferiores, ſi quando tamen ad praxim deueniendum fuit, vel de minima re interrogati, aut obmutuiſſe, aut tam inepte reſpondiſſe memorantur, vt rudioribus pragmaticis præbuerint ſe ridendos. Ridiculi ſane, qui rem ſcitu non modo facilem, ſed etiam neceſſariam, ob id ſolum quod eam nullo labore vel ab imperito quolibet addiſci poſſe ſcirent, diſcere nunquam voluerunt. Non ſine magno mehercule & iuriſprudentiæ, & totius reipublicæ detrimento. Inde namque facti audaciores pragmatici, iam alioqui per imperitiam procliuiores quam par eſſet ad negligenda ea omnia, quæ ad meram veramque iuris ſcientiam pertinent (ſola, vt quidem arbitror, aſſequendæ eius deſperatione) adeo ſibi placent miſeri, & blandiuntur, vt quaſi nihil ſcientia conferat ad praxim, illam omnino negligant, hanc vnam ſectentur. Quæ res, mirum eſt quantas in tribunalibus lites, ac potius tragœdias excitarit. Quemadmodum enim theoria ſine praxi aut nullius aut perexigui certe vſus eſt, ita nihil Reipublicæ pernicioſius, quam ſi per eos qui iura & res forenſes tractant, praxis à theoria ſeiungatur.*

Lit. C. Qu. 44. *Quomodo communis opinio ſit probanda?*

Circa communis opinionis probationem quæritur, anne Doctori, de ea atteſtanti, iudex fidem habere debeat, ita vt teſtimonio eius communis opinio probata cenſeatur? Negandum videtur, quia vtrum hoc communi Dd. calculo receptum & approbatum ſit quæſtio facti eſt & in facto conſiſtit, & ideo eo modo, quo cætera, quæ facti ſunt, probari debet, & conſequenter, ad eam adſtruendam, non ſufficit vnius, quantumuis excellentis Doctoris opinio.

Veruntamen contraria ſententia verior eſt: quandoquidem vtrum hæc vel illa opinio ſit communis non eſt ſolum quæſtio facti, ſed & iuris, quoniam communis opinio non aliunde poteſt cognoſci, quam enumeratione & ponderatione ſingulorum Doctorum ſuper eo caſu ſcribentium, quod non poteſt niſi Iuriſconſultus.

Igitur mihi, ſaluo aliorum iudicio, verius eſſe videtur probari communem opinionem aliter non poſſe quam teſtimonio iuris peritiſsimorum, ſed ad hoc non ſufficere vnius alicuius teſtimonium, ſed duorum, ad minimum teſtimonium requiri, cum omnis probatio, quæ fit per teſtes, duorum teſtium diſpoſitionem exigat: niſi fortaſsis dicatur huiuſmodi vnius Doctoris teſtimonium de communi opinione atteſtantis præſumptionem duntaxat parere eique tandiu ſtari donec contrarium fuerit probatum.

Lit. D. Qu. 45. *An ſententia, contra communem opinionē lata, ipſo iure ſit nulla?*

Communi opinioni Doctorum tantum autoritatis vulgo tribuitur, vt ſententia, contra communem lata, ipſo iure nulla eſſe ſtatuatur, ſubnixi falſa iſta hypotheſi quod communis opinio vim & autoritatem legis habeat, ſententia vero lata

lata contra ius & leges expreſſas ſit ipſo iure nulla *l. ſi expreſſim. ff. de ll.*

Veruntamen ex prædictis contraria ſententia firmiſſime adſtruitur. Demonſtratum quippe eſt luculentiſſime communem opinionem per ſe vim & autoritatem iuris non habere; immo nullarum penitus eſſe virium, quando iuri, vel iuris rationi aduerſatur: non igitur ipſo iure nulla eſt ſententia aduerſus ipſam lata. Deinde etſi ius faceret communis opinio eo caſu, quo à iure non abhorret, nec ei aduerſatur, nō tamen faceret ius clarum, certum & firmum, ſed præſumptum duntaxat: atqui ea demum ſententia eſt ipſo iure nulla, quæ lata eſt contra ius clarum & indubitatum *d. l. ſi expreſſim.* Quocirca etſi ſententia feratur contra communem opinionem, non tamen ipſo iure nulla dicenda erit.

RESOLVTIO THESIS Nonæ.

Lit. A. *Qu. 46.* *Conſuetudo quot modis dicatur?*

DE iure ſcripto eiuſque ſpeciebus hactenus ſatis prolixe fuit dictum, nunc ſequitur, vt de iure NON-SCRIPTO videamus. Hoc vero *conſuetudo* appellatur. Cæterum conſuetudinis nomen tripliciter accipi notat Vdalricus Zaſius *in l. 32. ff. de ll.* Primo enim ſumitur pro *aſſuefactione* quadam, qua aſſueſcimus; ille in hac re, ille in altera: vnde poeta dicit. *A teneris aſſueſcere multum eſt.* Hæc aſſuetudo eſt etiam brutorum, & eſt propenſio quædam motuum naturalium in animalibus, & de hac intelligendus eſt Iuſtinianus, quando *in §. 15. Inſt. de Rer. diuiſ.* ait, animalia, quæ ex aſſuefactione exire & redire, auolare & reuolare ſolent tandiu eſſe noſtra, quandiu *conſuetudinem* reuertendi habere non deſierunt. Secundo ſumitur conſuetudo pro ipſis moribus & vſibus, ſiue factis informibus, ſæpe in populo repetitis. *§. 9. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* Tertio ſumitur conſuetudo pro iure formi & iure formato, quod ex moribus iſtis & vſibus informib. reſultauit, illiſq; introductum eſt. Atq; hæc eſt conſuetudinis ſignificatio ꝓpria, in eaq; hoc loco cōſuetudinē accipimus. Hinc etiam conſuetudinem definit Azo, quod ſit ius non ſcriptum moribus diuturnis populi introductum. Qu. 47.

Quid differat conſuetudo à moribus?

Ex quo relucet, quod etſi diuturni populi alicuius mores pro conſuetudine quandoque ponantur *d. paragrapho nono,* accurate tamen, & proprie, ſi loqui velimus, plurimum differret à moribus populi conſuetudo. Id quod etiam hic Autor noſter agnoſcit & verum eſſe profitetur; hæc vero eſt inter mores populi & conſuetudinem differentia, quod mores ſunt ipſi actus informes, quibus conſuetudo introducitur, conſuetudo vero eſt ius quod ex moribus iſtis & vſibus, ſeu actibus erumpit, ſicut corium eſt informe, quoad calceum, calceus vero quiddam formatum Zaſius *ad dict. l. 32. num 21. ff. de ll.* in ſumma mores populi ſunt cauſa efficiens, conſuetudo vero eſt effectus.

Quanquam vt antea quoque dictum, Iuriſconſulti hiſce vocabulis ſæpe promiſcue vtantur, eaque confundant, vt patet *ex d. §. 9. & l. 9. ff. de ll.* iunct. *l. 32. ff. eod.* Atque hinc ad probationem conſuetudinis non ſufficit mores, vſus atque actus populi probari, cum vt mox dicetur, alia plura ſint conſuetudinis requiſita eſſentialia. Qu. 48.

Quid differat conſuetudo ab obſeruantia.

Differt conſimiliter à conſuetudine obſeruantia in eo, quod obſeruantia eſt frequens ille vſus, ex quo tandem conſuetudo oritur & inter partes ius facit, inter reliquos non niſi actu primo, quia in facto conſiſtit, donec ex pluribus eiuſmodi factis ius illud exſurgat, quod conſuetudo appellatur; ſic noſter Treutlerus. Veruntamen obſeruantiam frequentiſſime, nec omnino improprie accipi pro conſuetudine in iudicio recepta eandemque videri authoritatem habere, quam

Digitized by Google

habet conſuetudo non vno iuris textu demonſtrari poteſt. Textus eſt *in leg. 39. §. ſi Stichum. ff. de Stat. lib. leg. prim. §. eod. ff. ad Syllanian. l. 13. C. de aedific. priuat. §. pen. Inſt. de Satisdat. l. 1. §. 27. de Stat. lib.*

Qu. 49. *Quid differat cõſuetudo à Stylo?* Differt inſuper conſuetudo à STYLO, ſecundum Bartolum & Zaſium in eo, quod Stylus reſpicit ſolennia, hoc eſt ſolita in orando iudicialiter & ſcribendo. Quem Stylum tantæ eſſe autoritatis maxime in iudiciis & conſiſtoriis, quæ ſunt melioris notæ, vt habeat inſtar veritatis, quo mutato præſumitur falſitatis imago, vt ſcribit poſt Felinum *in cap. Ex literis in verb. Stylus.* & Bald. *in d. l. 32.* Zaſius: at conſuetudo plenis velis ingreditur, moribus & actibus populi accommodata. Hinc Stylus pro lege accipiendus dicitur, etſi forma eius à iure ſcripto aliquo modo recedat, cuius exemplum in eo relucet, quod cum iniuriarum condemnatus regulariter infamia notetur, Stylo tamen receptum ſit vt ſententia condemnatoria condemnato fama & honor reſeruari poſſit, contra ius commune *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Gail. *1. obſ. 65.*

Lit. B. Qu. 50. *Quomodo conſuetudo ſit facti?* Definitur autem conſuetudo quod ſit IVS; quod verum eſſe, ait Zaſius quoad ipſum perfectum eſſe, & pro formali, ſed quoad fundamenta & materiam conſuetudinem eſſe facti, non iuris, ſeu, vt nos clarius loquamur, conſuetudo in ſe & reſpectu eſſentiæ atque formæ ſuæ, eſt ius, reſpectu vero introductionis eſt facti, cũ ex moribus & actibus hominum introducatur.

Qu. 51. *An conſuetudo debeat eſſe rationabilis?* Ex hoc vero quod conſuetudo IVS eſt, recte colligitur quod ratione conſtet: nullum ſiquidem ius ſine ratione eſt, cum ratio ſit anima iuris *arg. l. Scire. ff. de legib. l. penult. Digeſt. ad exhib. l. 7. in fine ff. ſuppellectili legata.* & dixi latiſſime *in tract. de opt. ratione interp. iura c. 2. & ſeq.* Quæ cum in iure ſcripto deſideretur, multo magis in iure non-ſcripto, ſeu conſuetudinario deſiderabitur.

Et pro hac ſententia eſt textus elegans & expreſſus *in leg. 2. C. Quæ ſit longa conſuetudo.* Vbi Imperator Conſtant. ita reſcribit. *Conſuetudinis vſusque longævi non vilis autoritas eſt, verum non vſque adeo ſuo valitura momento, vt aut rationem vincat aut leges.* Eodemq; pertinet *c. 5 diſtinct. 1.*

Sed tamen contraria ſententia placuit Bartolo & vulgaribus Interpretibus qui Bartoli ſunt mancipia, qui aſſerere non dubitarunt, etiam irrationabilem cõſuetudinem vim iuris obtinere, tum quia & ſcripta lex non ſemper ratione nititur *l. 20. ff. de ll. l. proſpexit. Digeſt. qui & à quib.* tum quia error ius facere dicitur *l. 3. §. fin. Digeſt. de ſuppellect. leg. l. tert. Digeſt. de offic. Prætor. l. 3. Digeſt. ad Senatuscon. Maced. §. ſed cum. Inſt. de Teſtam. ordin.* tum quia id, quod non ratione, ſed errore primum introductum eſt, poſt conſuetudine obtentum, valere dicitur, *l. 39. ff. de ll.*

Cæterum hæc & eius generis alia argumenta, quam parum aut nihil ad rem faciant, demonſtraui *lib. 1. tract. 1. q. 28. Variar. reſolut. iur. Ciu.*

Quid igitur ſi alicubi locorum conſuetudo aliqua mala & irrationabilis inualuerit, anne ſecundum illam agens & peccans pœna afficiendus erit? Qu. 52. *An ſecundum malam conſuetudinem agens à pœna excuſetur?*

Vt ſi in aliquo loco vigeret conſuetudo blaſphemandi, anne talis conſuetudo excuſet blaſphemantem à pœna mortis ciuilis, vel etiam pœna Canonica?

Affirmatiuam amplexi ſunt Bald. & Angelus, referente Farinaceo, hac ratione moti, quod conſuetudo loci hanc vim obtineat vt ex illicito faciat licitum, excuſetque à pœnis temporalibus.

Sed contraria communiori calculo Doctorum recepta eſt, quod nempe mala & impia conſuetudo peccantes à pœna non excuſet: tum quia nulla conſuetudo, quantumuis antiquiſſima, hominumque memoriam excedens, quicquam detrahit pietati legibusque diuinis: tum quia de eſſentia

eſſentia conſuetudinis vt ſit rationabilis, prout modo oſtenſum eſt. Huiuſmodi vero conſuetudo non ſolum ratione deſtituatur, ſed etiam ſit rationi plane contraria.

Atque huc pertinet elegans ſententia Auguſtini *lib. 3. Confeſſ. c. 4.* ita ſcribentis: *Flagitia, quæ ſunt contra naturam, vbique & ſemper deteſtanda atque punienda ſunt, qualia Sodomitarum fuerunt Quæ ſi omnes gentes facerent, eodem criminis natu, diuina lege tenerentur, quæ non ſic fecit homines, vt ſe illo vterentur modo. Viola ur quippe ipſa ſocietas, quæ cum Deo nobis eſſe debet, cum eadem natura, cuius ipſe auctor eſt libidinis peruerſi ate polluitur. cap. flagitia 32 q 7.*

Et quod ex huiuſmodi mala conſuetudine peccans, grauiori etiam pœna ſit coercendus, oſtendit Claudius Saturninus ita ſcribens: *Nonnunquam euenit vt aliquorum maleficiorum ſupplicia exacerbentur, quotiens nimium multis perſonis graſſantibus, exemplo opus eſt leg. 16 paragraph. fin. ff. de pœnis.*

Neque enim peccatum eluit conſuetudo peccandi, ſed adauget, tantoque grauius redditur, quanto ad plures exemplo ſuo peruenit. *Connan. 1 Com. 10. n. 10.*

Nec obſtat quod faciat conſuetudo ex illicito licitum *cap. obſtiuntur 32. quæſt. 4.* Hoc enim verum eſt de his, quæ de ſe & ſui natura mala & deteſtabilia non ſunt, nec pietati, bonis moribus vel iuri diuino aduerſantur, ſed ciuili ſolum ſtatuto ſunt illicita.

Lit. C. Introducitur conſuetudo ſine ſanctione expreſſa, eius, qui poteſtatem habet legem condendi: atque hoc præcipue diſcernitur conſuetudo à iure ſcripto, quod hoc expreſſa ſanctione: illa vero tanto populi conſenſu conſtituatur per textum *in l. 32. ff. de ll.* Nam ibi Iulianus: *Inueterata,* inquit, *conſuetudo pro lege non immerito cuſtoditur. Et hoc eſt ius quod dicitur moribus conſtitutum. Nam cum ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneāt quā quod iud cio populi receptæ ſunt, immerito & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes: nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret an rebus ipſis & factis. Quare rectiſſime etiam illud receptum eſt, vt leges non ſolum ſuffragio legumlatores, ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur.*

Qu. 53. An conſuetudo, in ſcripturam redacta, deſinat eſſe ius non ſcriptum?

Cum igitur hæc ſit eſſentialis iuris ſcripti & non-ſcripti differentia, ſequitur, quod etſi conſuetudo aliqua in ſcripturam redigatur, non tamen propterea deſinat eſſe ius non-ſcriptum.

Nam ſcriptura non eſt legis ſeu iuris ſcripti eſſentia, nec ſola facit ius ſcriptum, ſed conſenſus expreſſus, ſeu expreſſa ſanctio atque autoritas illius, qui iuris condendi poteſtatem habet *d l. 32.*

Deinde ſicut teſtamentum nuncupatiuum ſeu non-ſcriptum manet tale, etiamſi in ſcripturam redigatur *leg. ſecund. C. de teſtament. l. ſecund. C. de bonor. poſſ. ſecund. tabb.* Ita etiam conſuetudo manet ius non ſcriptum, poſtquam in ſcripturam redacta eſt. Nam plerumque conſuetudines in ſcripturam redigi ſolent, melioris conſeruationis gratia.

Accedit quod iſta ſolum proprie ſint ſcripta, in quibus in radice ſcriptura requiritur, ſicut eſt lex, quæ ſine ſcriptura nihil valet: Cæterum ſi ex ſequenti accedat ſcriptura ad faciliorem probationem *l. publia ff. depoſiti.* natura originis non mutatur Zaſ. *in d l 32.*

Quin etſi Princeps approbet, confirmet atque in ſcripturam redigi curet ciuitatis alicuius conſuetudines, manent tamen illæ conſuetudines etiam poſt approbationem iſtam, quia Princeps cenſetur approbaſſe iſtas conſuetudines ſolum ſecundum qualitatem, qua erant ſeruatæ prius & in eſſe productæ, & ſolum, vt conſuetudines Sonsbec. *de feud. part. 1. numer. 24.*

Digitized by Google

generis artificum, ſi conſuetudines ſibi facere poſſunt, ſed tales quæ non faciant ius inter alios, ſed inter ipſos duntaxat. Connan. *1.com.10.*

Et veriſſimum mihi videtur quod ſcribit hac de re Zaſius: communitates priuatas veluti villas, collegia, fraternitates, caſtra, familias, in quibus non eſt populus, qui vniuerſitatem faciat, & in quibus plures ſunt vt ſinguli, nec vllam popularem iuriſdictionem activè habeant, non poſſe inducere conſuetudinem, cum ad hanc inducendam populi requiratur conſenſus *l. 32. Digeſt. de legibus.* ſed eſſe apud huiuſmodi communitates vſus quoſdam & aſſuetudines quorundam actuum frequentia introductos, qui etſi non faciant conſuetudinem, nihilominus tamen ligare eos priuatim, ita vt inter ipſos ſaltem pro iure obſeruentur *l. venditor in fin. ff. comm. prædior.*

Litera E.
Quæ. 57
Ad conſuetudinē introducendā quantum tempus requiratur?

Inducitur conſuetudo, vt dictum eſt, tacito conſenſu populi, qui colligitur & præſumitur ex diuturno tempore & actuum frequentia. Proinde ad omnem conſuetudinem introducendam requiritur tempus diuturnum & frequentia actuum.

Sed quantum temporis requiratur ad conſuetudinem inducendam variant interpretes: ſunt enim qui decem annos, ſunt etiam qui triginta; ſunt qui quadraginta, & ſunt denique qui tempus immemoriale requirant.

Ego illorum ſententiam iudico omniū veriſſimā, qui tempus hoc conſuetudinis introducendæ, iudicis arbitrio & diſcretioni relinquunt: idq; ex fundamento, ꝙ tempus iſtud nullibi in iure noſtro ſit determinatum ac definitum, & ideo à iudice definiendum *arg. l. 1. ff. de iur. deliberand* vide de hac quæſt. pleniorem tractationē *libr. 1. tract. 1. q. 28. variar. reſol. iuris ciuil.*

Quæ. 58
Quot actus ad introductionem conſuetudinis requirantur?

Sic etiam de actib. quæritur, quotnam illorum ad conſuetudinē ſint neceſſarii: nam circa hanc quoq; quæſtionē mirè variant interpp. ea tamen ſemꝑ mihi placuit ſententia, ꝙ & huius determinatio ſit arbitrio iudicis relinquenda; ex præcedenti videl. ratione, quia actuum iſtorū numerus, qui ad conſuetudinis introductionē requiritur, in iure noſtro certam determinationem non habet, & idcircò à iudice determinandus erit, *arg. dict. l. 1. de iur. delib. vide quæ de hac quæſt. ſcripſi q. 25. libr. 1. tr. 1. variar. reſolut. iur. ciuil.*

Quæ. 59
Qualesactus requirātur ad introducendā cōſuetudinem?

Quales porro actus an iudiciales duntaxat ad introductionē conſuetudinis deſiderentur, an verò & extra iudiciales ſufficiant, controuertitur? Et quidem quod iudiciales actus requirantur, dicendū videtur propter textum in *l. 34. ff de legib.* vbi in hæc verba ICtus ſcribit: *Cum de conſuetudine ciuitatis vel prouinciæ confiteri quis videtur, primo quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio, conſuetudo firmata ſit, quibus verbis perſpicuè ſignificare videtur ICtus, extraiudiciales actus requiri.*

Verum in contrarium facit ratio iuris manifeſtiſſima, quod nempe actus ad conſuetudinis introductionem ideo requirantur, quo tacitus populi conſenſus exinde eliciatur, qui nō minus colligi poteſt ex actibus extraiudicialibus, quam ex actibus iudicialibus, quapropter planè mihi perſuaſum habeo ad conſuetudinē introducendam actus iudiciales non eſſe neceſſarios, ſed extraiudiciales ſufficere, *vide q. 26. d. tract. 1*

Litera F.
Quæ. 60
An cōſuetudo poſterior poſſit abrogare legem priorem?

Conſuetudinis rite & legitime introductæ nō minor eſt vis atq; autoritas, quā iuris ſcripti *l. 32. ff. de legibus.* vbi Iulianus: *Inueterata conſuetudo pro legibus non immeritò cuſtoditur. Nam cum ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ ſunt, meritò & ea, quæ ſine vllo ſcripto populus probauit tenebūt omnes: nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis.*

Et tantum eſſe vim cōſuetudinis vt legem priorem ſcriptam abrogare poſſit, a-

perte teſtatur Iuſtinianus in §. *penult. Inſt. de iur. nat gent. & ciuil.* *Ius* inquiens, *ciuile ſæpe mutari vel tacito conſenſu populi, vel alia poſtea lege lata.*

Et in *d.l.32.* Iulianus ſcribit *rectiſſime illud receptum eſſe, vt leges non ſolum ſuffragio legislatoris, ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur.*

Sed huic grauiter videtur aduerſari *l.2. C. quæ ſit longa conſuetudo.* vbi Imperator Conſtantinus in hæc verba ſcribit: *Conſuetudinis vſuve longævi non vilis autoritas eſt, verum non vſque adeo ſui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem.*

Varię equidem ſunt huius conſtitutionis interpretationes & tot ferè, quot ſunt interpretum capita: verum præ omnibus illorum videtur amplectenda ſententia, qui ſtatuunt, prædictæ illius *l.2.* non eſſe hunc ſenſum, quod conſuetudo anteriori legi contraria non ſit illarum virium, vt poſſit abrogare eam, ſed cõſuetudo in genere conſiderata, non vincat legem, hoc eſt, non maiorem autoritatem obtineat, quã lex habet in ſuo genere: atq; hanc eſſe ſententiam, *dict. l.32. euincitur ex cap.1. lib.2. Feud.* vbi Feudiſta ſcribit, *Legum Romanorum non eſt vilis autoritas, ſed non adeo vim ſuam extendunt, vt vſum vincat aut mores:* adeoque Feudiſta inuertit ſententiam Conſtantini, & quod ille de conſuetudine dixerat, hoc ipſe, de legib. ſcriptis affirmat: ex quo non obſcure colligitur, nec legem vincere conſuetudinem, neq; contra cõſuetudinẽ vincere legẽ: & legem non plus virium habere, quam conſuetudinem, ſed pari paſſu ambulare, ſed de hac quæſtione dictum eſt *lib.1. tr.1 q.27.*

Litera G. Cęterum vt conſuetudo poſterior vincit legem priorẽ; ita vice verſa, conſuetudinem priorem vincit lex poſterior, meliori & æquiori ratione ſubnixa: ita vt lex ſcripta & conſuetudo pari procedant paſſu, atq; eadem planè ſit vis & poteſtas cõſuetudinis, quæ legis, vt dictum eſt *ex l.32. ff. de legibus.*

Porro ſæpè accidit, vt cõſuetudo in legem mutetur, non quidẽ eo ipſo q̃ conſuetudo in ſcripturã redigitur, vt ſupra ſub *lit. C.* oſtenſum fuit, ſed ſi auctoritate ſuperioris legẽ edẽdi poteſtatẽ habẽtis in ſcripturam non ſolũ redigitur, ſed etiã ab eodem expreſſe cauetur, quod in poſterum pro lege ſcripta haberi & obſeruari debeat. Alioquin ſi ſaltẽ iuſſu principis in ſcripturã conſuetudo redigatur, cõſuetudo & ius non-ſcriptũ manet. Aliud tamẽ dicendum ſi non ſolũ à principe conſuetudo in ſcripturã redigatur; ſed etiã eidem auctoritas ab eodẽ tribuatur; ita vt cũ olim intra principis iſtius territoriũ nõ obſeruaretur, non ſubditos ipſius ligaret, nũc pro iure obſeruetur. Exemplum huius perſpicuum exhibent nobis iura feudalia: hæc quippe à Longobardis primitùs introducta, non obligarunt populũ Romanũ nec intra Romanũ imperium vim iuris obtinuerunt: verum poſtquã Imp. Romanus iura iſta feudalia in ſcriptis concipi curauit, eademq; in imperiũ Romanum recipi & pro iure obſeruari mandauit, deſierunt eſſe conſuetudines, & leges eſſe cœperunt, quia non ex tacito populi conſenſu, ſed ex aperta & manifeſta Imperatoris ſanctione vim iuris & autoritatem intra Romanum imperium obtinuerunt. Vide *quæ dixi in. tr. feud c.2. ſub finem.*

Cum porro conſuetudo facti ſit atq; in facto conſiſtat, *cap.1. de conſtit. in ſext.* quod dixi verũ eſſe ratione introductionis, quæ plures actus ſeu frequentiam factorum deſiderat, non autẽ ratione eſſentię ipſius quæ in iure conſiſtit, idcirco cum controuertitur anne conſuetudo aliqua ſit introducta, nõ ſufficit conſuetudinẽ allegari, ſed eam probari oportet: etenim facta, quę plerumq; etiã prudentiſſimos fallunt *l.2. Digeſt. de iuris & facti ignorantia,* non præſumuntur, niſi probentur *l. in bello §. facta. ff. de captiu.* Quæ. 61 *An cõſuetudo probari debeat?*

Nam refragatur quod conſuetudo ius ſit, & ius probari nõ debeat *d.l.2.* nam hoc de iure

de iure ſcripto obtinere, quod cum in publica & notoria monumenta redactũ ſit, finitum eſt, nec eget probatione *c. manifeſta 2. q. 1.* Ius autem ſcriptum prorſus eſſe incertum, velut ex facto dependens *l. 2. §. exactis ff. de orig. iuris.* ait Coraſius *de iure ciuil. art. redig. nd.*

Illud tamen omninò neceſſarium eſt, vt teſtes qui de actuum frequentia deponunt cõcordent in actibus, de quibus teſtificantur: ſiquidem deponendo de diuerſis actibus, nihil agerent tanquam teſtes ſingulares, vt ſi vnus induceret conſuetudinem in fabis, alter in lana, ait Zaſius *arg. l. iuris. C. de teſtib.*

Quæ. 62 *Quomodo cõſuetudo ſit probãda?* Quomodo autem probanda ſit conſuetudo, porro quæritur & cum, vt dictũ eſt, facti ſit, eo modo probari debet, quo cætera, quæ in facto conſiſtunt.

Probatur itaq; teſtibus vel inſtrumentis: teſtibus duobus ad minimum, de pluribus actibus quibus conſuetudo introducta ſit, deponentibus, ſuæq; depoſitionis idoneam cauſam reddentibus.

Quanquam Matth. Weſenbec. tradat, peritos & ſeniores cuiusque loci, qui ita ſemper obſeruatum eſſe, nec meminiſſe contrarium, idemque à maioribus ſe audiuiſſe teſtantur, etiam ſine alia cauſę redditione admittendos eſſe.

Hinc anne Doctori, conſuetudinem alleganti, deque ea atteſtanti fides habenda ſit, quæritur? Et quod huiusmodi Doctoris excellentis teſtimonio credendum ſit eaque conſuetudo probata cenſeatur, ſtatuit Bartolus ea ratione ductus quod cuiuis artis ſuæ perito credendum ſit, vnde & poetis, hiſtoricis, argentariis creditur de eorum profeſſione: profeſſionis autem ſit iuris Doctoris, vt cognitas habeat conſuetudines: igitur ipſi de conſuetudine atteſtanti fides haberi debeat.

Sed communior eſt opinio Doctorum quod iuriſperito de cõſuetudine recepta atteſtanti, fides haberi non debeat, nec teſtimonium ipſius plenam facit probationem; idq; bis rationibus euinci exiſtimo.

1. Quia iuſtitia poſtulat, conſuetudinẽ, quæ facti eſt, adeoque incerta & indefinita, legitimè probari: atqui non eſt legitima probatio, quæ fit vnius teſtis depoſitione *l. 9. C. de iureiur.*

2. Accedit deinde, quod duo ſingularia in eodem concurrere ſubiecto non debeant, quodque plura exorbitantia in vna eademque re non ſint tolleranda: atqui in propoſito, admiſſa priori opinione, plura incurrerent ſingularia & exorbitantia: nam ſi Doctori de conſuetudine fides accommodaretur, tum primò teſti vni & ſingulari fides haberetur, contra *l. 9. Cod. de teſtibus.* Secundo teſti in ſcriptis teſtanti crederetur, & denique teſtimonium, non cita, nec audita parte altera, audiretur.

Reliqua quæ pro hac ſententia facere videntur adduxi, in *quæſtion. 29. lib. 1. tract. 1. variar. reſolut.*

Nec mouet argumentum Bartoli: nam de Iuriſconſulti profeſſione non eſt ſcire conſuetudines, quia conſuetudo ex populo diſcutitur, quia conſiſtit non ex libris & doctrinis, ſed ex conſenſu populi, & actibus, in quibus Iuriſperitus nihil magis eſt quam lixa, calo apparitor vel cerdo inquit Zaſius in *d. l. 32. ff. de legibus.*

Probatur deinde conſuetudo etiam inſtrumentis ſeu literis publicis, quam probationem probatam appellat Zaſius cum Baldo in *l. 1. C. quando fiſc. vel priu.* nam conſuetudinem in ſcripturam poſſe redigi, ſic tamen, vt conſuetudo maneat, ſupra fuit oſtenſum. Atque in hunc finem cogi magiſtratum edere & communicare librum publicum in quo conſuetudo deſcripta eſt, ait Zaſius idq; ſe aliquando, aduerſario contradicente, obtinuiſſe refert in *dict. l. 32. n. 46. ff. de legibus.*

RESO-

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.

Litera A. DE ſtatutis non nihil ſubiicit hic Autor noſter quaſi coronidis loco, eo quodſtatuta legibus annumerētur. Equidē ſtatuta ſi proprie loqui velimus, leges non ſunt, nec legis appellatione propria veniunt, tum quia ſtatuta facti ſunt, & in facto conſiſtunt *cap. 1. de conſtitut. in ſext.* Leges autem ius ſunt &in iure conſiſtunt *§. 3. Inſtitut. de iure Natur. Gent. & Ciuil.* Tum quia leges ſunt præcepta totius alicuius Reipublicæ atque vniuerſi populi *l. 1.& 2.Digeſt. de legibus.* ſtatuta verò ſunt alicuius duntaxat municipii, collegii vel familiæ.

Interim tamen legis appellatione largiori continentur, vt textus eſt in *l. 3. §. 5. ff. de ſepulchro violato.* vbi ſtatutum municipale appellatur lex municipalis, cum adiuncto videlicet, quod improprietatem arguit, & in *c. 37. ff. de rebus autoritate iudic. poßidend.* expreſſe ſtatutum ciuitatis Antiochenſium Cœlæ Syriæ, lex dicitur. Eiuſq; rei plura teſtimonia in iure noſtro legentibus occurrunt.

Sicut etiam vice verſa lex vniuerſalis quandoq; ſtatutum vocatur *d. l. 3. §. 5. ff. de ſepulchro violato.*

Quæ. 63 *An ſtatuta debeāt eſſe rationabilia?* De eſſentia verò horum ſtatutorum eſt, vt ſint rationabilia, hoc eſt, vt iuſta ratione nitantur: ſicut enim lex pro anima habet rationem, & ea deſtituta mortua cenſetur, vt ſupra theſi præcedēti dictum fuit; ita quoque ſtatutum, quod lex quædam localis & municipalis eſt, vim nullā obtinebit, niſi rationabile ſit. Et cum ad conſuetudinem ratio deſideretur, quare non etiam ad ſtatutum requireretur.

Hinc facilè intelligitur, ſtatuta iſta collegiorum Mechanicorum, vt, quod vnus cœpit, alter perficere nequeat, *Was einer auß den Zunfftgenoſſen angefangen, der ander nicht außmachen dörffe,* planè eſſe illicita, vt quæ nulla penitus ratione nitantur, & expreſſe iuris diſpoſitioni & Imperatorum conſtitutionibus aduerſentur, quæ cōſtituunt, vt quod ab altero inchoatum & derelictum eſt, id vni cuique ſine timore aliquo diſpendii perficere liceat.

Expreſſe hoc conſtitutum eſt in *l. vnic. C. de Monopol.* Cuius hæc ſunt verba: ***Iubemus, ne quis cuiuscunque veſtis vel piſcis, vel pectinum fortè, aut echini, vel cuiuslibet alterius ad victum vel ad quemcunque vſum pertinentis ſpeciei, vel cuiuslibet materiæ, pro ſua auctoritate, vel ſacro iam elicito aut in poſterum eliciendo reſcripto, aut pragmatica ſanctione, vel ſacra noſtræ pietatis adnotatione, monopolium audeat exercere: neue quis illicitis habitis conuentionibus coniuret, aut paciſcatur, vt ſpecies diuerſorum corporum negotiationis, non minoris quam inter ſe ſtatuerint venundentur. Ædificiorum quoque artifices, vel ergolabi, aliorumq; diuerſorum operum profeſſores, & balneatores penitus arceantur pacta inter ſe componere, vt ne quis, quod alteri commiſſum ſit, opus impleat, aut iniunctam alteri ſollicitudinē alter intercipiat: data licētia vnicuiq; ab altero inchoatum & derelictum opus, per alterum ſine aliquo timore diſpendii implere, omniaq; huiusmodi facinora denuntiandi ſine vlla formidine, & ſine iudiciariis ſumptibus.***

Et quanquam nullum dubium ſit, quin ea, quæ lege ciuili deciſa ſunt, iura municipiorum tollere poſſint *l. item eorum ff. quod cuiuſq;.* Cum ius ciuile cōtrario iure ciuile tollatur *§. fin. Inſt. de iur. N. G. & C.* Et generi per ſpeciem ſemper derogetur *l. in toto ff. de reg. iur.* Tamen ea quæ lege ciuili nominatim & expreſsè interdicta ſunt, per ſtatuta introduci & recipi nequeunt *l. fin. in fin. ff. de coll. illic.* Iam verò ex *dict. l. vnica.* manifeſtè conſtat, quod improbetur & prohibeatur prædictus Mechanicorum artificū mos: igitur nullo ſtatuto introduci poterit: vt taceam quod huiusmodi collegia ſibi pro lubitu ſuo ſtatuta, iure ciuili maximè repugnātia, facere nequeant, ſine conſenſu & permiſſu ſuperioris, à cuius confirmatione vis omnis

eiusmodi

eiuſmodi ſtatutorum dependeat. Quæ hic autor noſter de iure Saxonico ſubiicit, parerga ſunt & ad propoſitum parum, vel nihil ſpectantia: ius ſiquidem Saxonicum ſimpliciter ſtatutum, vel lex municipalis appellari nequit, *arg.l 9.ff.de Iuſt.& Iur.*

De his qui ſtatuta conficere poſſunt, vel non poſſunt, hæc tenenda eſt regula, quod quilibet magiſtratus intra ſuum territorium poteſtatem habeat ſtatuta condendi per text.*in d.l.9.ff.de Iuſt.et Iur.* Vbi dicitur, quod quisque populus ipſe ſibi jus conſtituerit, id ipſius ciuitatis proprium ius eſſe.

Quod non ſolum procedit & locum habet in magiſtratu, nulli alij ſubiecto, ſed etiam in quovis municipio & quauis ciuitate obtinet, cuius leges locales in iure noſtro decreta appellantur *tot.tit.C.de Decretis ab ordin.faciend.* hodie vero ſtatuta appellantur in *cap.animarum de conſt. cur. in ſext.* Weſenbec. *in parat.de ll.num. 3.* Etſi ad hæc ſtatuta, vt valeant, ſuperioris conſenſus omnino deſideretur, vt mox prolixius dicetur.

Cur autem principes & liberæ imperii ciuitates ſtatuta & leges locales ſine conſenſu ſuperioris facere poſſunt, ſi quæratur? rationem eam omnes adferunt, quod hi ſtatus ſinguli intra ſuam ditionem & prouinciam tantum poſſint & valeant, quantum Imperator in imperio; ita Authores hic à Treutlero allegati: Et ſi de veritate huius aſſertionis valde dubitem; utrum ſatis firmo nitatur fundamento, & contrarium cum Regnero Sixtino & Matthia Stephani alibi defendere conatus ſum.

Qu.64. *An ſuperioris cõſenſus requiratur ad ſtatuta illorũ, qui huic ſine cõditione ſubijciũtur?*

Quod ſi ſtatuentes ſuperiorem recognoſcant, cui ſine ulla conditione ſubiecti ſint, hic, vt dixi valde diſceptatur, utrumne ſuperioris illius conſenſus, confirmatio & approbatio expreſſa deſideretur? Affirmat hoc Weſenbec. & nititur fundamento *cap.9.extr.de conſuetud.* vbi Honorius Pontifex in iſta verba reſcribit: *cum conſuetudinis, vſusque longæui non ſit leuis auctoritas, & plerunque diſcordiam pariant nouitates: Auctoritate vobis præſentium inhibemus, ne absque Epiſcopi veſtri conſenſu immutetis eccleſiæ veſtræ conſtitutiones & conſuetudines approbatas, vel nouas etiam inducatis. Si quas forte feciſtis, irritas decernentes.*

Veruntamen Author noſter diſtinguit, ita, vt ſi ſuperioris intereſſe, propter mutationem iuris publici ea in re verſetur, tum conſenſus ipſius ſit neceſſarius: ſin vero ſtatuta non ſpectent ad mutationem iuris publici, nec tendant in præiudicium ſuperioris, tunc valeant & vim atque vigorem habeant, etiam ſine ſuperioris conſenſu.

Neque huic ſententiæ quicquam detrahit fundamentum Wenſenbecij ex *d. cap.9.* petitum, nam vt apparet loquitur canon iſte de illis ſtatutis, quæ ſpectant ad emendationem conſtitutionum & cõſuetudinum eccleſiæ, qualia ſtatuta ipſemet autor noſter fatetur ſine approbatione ſuperioris firma & valida non eſſe. Licet minime diffiteri poſſimus lõge ſatius & cõſultius eſſe requirere & adhibere ſuperioris cõſẽſum, nam licet exinde vires demum ſtatuta non ſequantur, vim tamẽ & autoritatẽ maiorẽ nanciſcuntur.

Notanter autem addit in theſi autor noſter, magiſtratum quemque In svo Territorio habere poteſtatem ſtatuta condendi, vnde ſequitur 1. quod ſi ſtatuentes notiſſimos territorij ſui fines exceſſerint, ſtatutum non niſi intra ipſorum ſtatuentium ditionem vim habeat, *arg.l.fin.ff.de Iuriſd. omnium judic.* In qua Paulus Ictus ita ſcribit: *Extra territorium ius dicenti impune non pareri:* atque huc ſpectat, quod in *d.l.9 de Iuſt.& iure* dicitur, id ius quod quisque populus ſibi ipſi fecerit, *PROPRIVM* eſſe ipſius ciuitatis. 2. colligitur ex eodem principio, quod ſtatuta ad ſtatuentium territoria & prouincias accommodata, vires ſuas extra ea territoria non extendant.

P Illud

Littera C. Illud certum eſt & extra omnem dubitationis aleam poſitum, quod ſtatuto omnes, qui ſubſunt ſtatuentium territorio, obligentur: ſed vtrum & ipſi ſtatuentes obligentur ſtatuto, controuerſum eſt, & multi ſunt, qui cõtendant, eos non obligari, nec ſtatuto comprehendi, eaq; ſententia communis eſt.

Verum Bartolus, & Bartolum ſecutus Zaſius, contrarium tenent.

1. Quia ſi obligatur ſtatuto populus, igitur & ipſi ſtatuentes obligantur, quia ſunt de populo, quia tantũ electione temporaria eliguntur decuriones, alioqui ſunt populares.

2. Adducunt textum *leg. hoc edictum. ff. quod quiſque iuris.* ubi Paulus ita loquitur: *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri, nam ſi adſeſſoris imprudentia ius aliter dictum ſit, quam oportuit: non debet hoc magiſtratui officere, ſed ipſi adſeſſori.*

Cæterum qui contrariam tuentur ſententiam, hac ratione potiſſimũ nituntur, quod princeps, legibus, quas aliis præſcribit, ſit ſolutus, *l. princeps. ff. de ll.* Atqui inferiores quoque, vt dictum eſt, tantum poſſunt in ſuo territorio, quantũ Imperator in imperio: proinde ſicut Imp. legibus ſolutus eſt, ita quoque ipſi inferiores ſoluti ſunt ſtatutis.

Sed hoc argumentũ falſa nititur hypotheſi, dum præſupponit tantum quemlibet inferiorem magiſtratum, cuiuslibet etiam municipii, valere in ſua ditione & territorio, quantum Imperat. in Imperio.

Igitur ſententiæ Bartoli & Zaſii ſubſcribo.

De extraneis, anne ſtatuto locali teneantur porrò quæritur? Et quidẽ regula iuris & firmiſſima & indubitata, cæteros legibus municipalib. non teneri, per textũ *l. 1 ff. de tutorib. & curat.* niſi ſe ſubiecerint iurisdict. tacitè, vel expreſſe: tacitè autem 4. modis ſeſe ſubiicere intelliguntur.

Primò cõtrahendo in territorio, in quo ſtatutum iſtud municipale eſt factum; vt ſi Lipſiç ſtatutum municipale contrahentibus eſſet præſcriptum, exteri quoque ibi contracturi, iſti ſtatuto ſeſe conformare tenerentur.

Secundò ſi quis in loco ſtatuti delinqueret, etiamſi exterus eſſet, ſtatuto tamẽ eo loci, de facineroſis ac delinquentibus facto, ſubiiceretur.

Tertiò ſi quis in loco ſtatuti teſtamentum conderet, ſtatuto locali adſtringeretur ratione ſolennium *l. 2. Cod. quemadmodum teſt. aper.*

Quartò & vltimò, ſi quis in loco ſtatuti litigaret, reſpectu eorum, quæ iudiciorum ordinem & inſtructionem reſpiciũt ſtatuto ſeſe ſubiicere cogeretur, quia quiſque forum competens ſortitur ex loco delicti & contractus, & quilibet ad mores illius loci, in quo degit, ſeſe accommodare tenetur: vnde vulgatum iſtud fluxit; *Si fueris Romæ, Romano viuito more*, quo pertinet *Authentica qua in prouincia C. vbi de crimin. agi oportet*, cuius hæc ſunt verba: *Qua in prouincia quis deliquit, aut in qua pecuniarum, aut criminum reus ſit: ſiue de terra, ſiue de terminis, ſiue de poſſeſſione, ſiue de proprietate, ſiue de hypotheca, aut de alia qualibet occaſione vel de qualibet re fuerit reus: ille etiam iuri ſubiaceat, quod ius perpetuum eſt. Si ergo ambo & actor & reus ſint in prouincia: illic, omni priuilegio ceſſante, res expediatur.*

De clericis quoque ambigitur, vtrumne obligẽtur ſtatutis laicorum? qua in re conſtans eſt canoniſtarum ſentẽtia, quod minimè huiuſmodi laicorum ſtatutis teneantur, idque ex hoc fundamento, quod ſit contra libertatem Eccleſiaſticam legibus politicis obſtringi clericos, *Authentica caſſa & irrita Codic. de ſacroſanct. Eccleſ.* In qua religioſiſſimus Imperator Fridericus ita ſancit: *Caſſa & irrita eſſe denunciari per totam Italiam, præcipimus omnia ſtatuta & conſuetudines contra libertatem Eccleſiæ eiuſq; perſonas inductas aduerſus canonicas & imperiales ſanctiones, & ea de capitularibus penitus* Qu. 66. *An clericus ſubiiciatur ſtatutis laicorum?*

al clerici

aboleri manda: noua conſtitutio: & de cætero ſimilia attentata ipſo iure nulla eſſe decernit, ſi quid contra fiat: pœna quæ ſtatuta ſunt, imminebunt, ſed ſi per annum huius nouellæ conſtitutionis aliqui inuenti fuerint contemptores: bona eorum per totum noſtrum imperium impune ab omnibus occupentur.

Addunt præterea & hoc, quod ſtatutum non extendatur ad non ſubditos, *capitulum, a nobis. de immunitate Eccleſiæ.*

Veruntamen, vt infra demonſtrabitur, clerici nullo iure exempti ſunt iurisdictione politici magiſtratus, cum omnis anima ſublimioribus poteſtatib. h.e. Regibus & Principib. atq; omnib. illis, qui gladiũ gerunt, à Deo ſibi traditum *13. ad Rom.*

Et ſane ſtatuta laciorum non in vniuerſum omnia immunitati & libertati Eccleſiæ repugnant, ſed pleraque talia ſunt, quæ, ſalua libertate Eccleſiæ à clericis quoque obſeruari poſſunt.

Hinc eleganter elegantiſſimus Ictus Andr. Gail. diſpoſitionem huiuſmodi politicam non eſſe cenſendam contra libertatem Eccleſiæ pugnare, etſi perſona Eccleſiaſtica per eam aggravari videatur, ſi modo publica vtilitate innitatur, nec gravari ait perſonam Eccleſiaſticam, ſed potius ſubditorum poteſtatem limitari, maxime ſi fauor & neceſſitas Reipubl. id exigat. *l. ad inſtructiones C. de SS. Eccl. cap. peruenit extr. de immunitate Eccleſiæ.*

Inde etiam teſtatur Gail. ſe meminiſſe, in Camera Imperiali approbata eſſe illa ſtatuta, quibus Clericis prohibetur in rebus acquirendis alienatio extra familiam.

Nec ſane habent Clerici quod hoc nomine magnopere conquerantur, cum enim quoad bona patrimonalia ſubditi ſint magiſtratui Politico, cur negarent eius legib. & ſtatutis obtemperare? Et quẽadmodum Eccleſia vult ſibi ſua iura ſarta tecta ſeruari, ita quoque Reſpubl. ſtatuta ſua vult intacta ſeruari. Sed de hac quæſtione, maximè controuerſa, vtrumne Clerici ſubiecti ſint magiſtratui Politico eiuſque iurisdict. infra iuuante Deo in *diſp. 12. huius volumin. prioris.* prolixius agemus. hęc nũc ꝑ inſtituti noſtri ratione ſufficiãt.

Poſtremo videamus, anne ſtatutũ extra territoriũ quoq; vim aliquã obtineat: nam ſupra dictũ eſt, quod extra territoriũ ius dicenti impune non pareatur *l. fin. ff. de iuriſdict.* *Lit. E. Qu. 67. An teſtamentum factum ſecundũ alicuius loci ſtatutũ, extra illum locũ vim habeat?*

Etenim de teſtamento ſecũdũ loci alicuius ſtatuta cõditũ, anne extra territorium vires habeat, valde diſceptatur? Et quidem quod eiusmodi teſtamentũ extra territorium vim nullam obtineat, euincit regula vulgaris, quod exteri, hoc eſt iurisdictioni & territorio illi, in quo ſtatutũ factum eſt, non ſubiecti, ſtatuto minime teneantur, niſi ſe vel ratione contractus, vel ratione delicti illius loci magiſtratui ſeſe ſubiecerint: atqui vt proponimus exteri illi neque ſubſunt iurisdictioni magiſtratus, neque etiam vlla ratione ſeſe ſubiiciunt. Igitur videtur dicẽdum, quod ſtatutis non obligentur.

Sed vulgaris Interpp. diſtinctio circa propoſitam quæſtionem hæc eſt, quod interſit, vtrumne diſpoſitio teſtamentaria in rem ſit, an vero in perſonam. nam ſi in perſonam concepta eſt, illius extenſio ad exteros fieri nequeat propter regulã iuris perpetuam, qua dicitur aduenas ſtatutis locorũ nõ teneri *l. 1. ff. de tutorib. & curator.*

Vnde Iohann. Coraſius ſi inquit, Toloſæ lex diceret, ne teſtari quis poſſit niſi tribus Notariis præſentibus, poſſem nihilominus hic Ferrariæ, ego Toloſas, ſeruata iuris communis diſpoſitione contrahere.

Sed cũ lex municipalis in rem concepta eſt, qui rerum dominus eſt, qualiſcũq; fuerit, ſiue præſens, ſiue abſens *l. reſcripto §. fin. ff. de munerib. & honorib.* ſiue ciuis, ſiue exterus *leg. an in totum Cod. de ædif. priu.* ſiue laicus, ſiue clericus, *l. 3. C. de epiſc. & Cler.* ciuitatis conſtitutionibus dubio procul obligabitur *d. l. reſcripto. §. final. Dd. l. 1. C. de ſumma Trinit.* Cũ enim poſſint

Digitized by Google

in rebus ſui diſtrictus, & territorii pro arbitrio ciues ſtatuere: *l. in re Cod. mand. cap. verum de condi. app.* & diſpoſitionem in rem conceperint, haud dubiè rem ipſam affeciſſe videntur, vt apud quemcunque res ipſa ſit, patriæ legibus obſtringatur. *l. actionum genera in prin. ff. de obligat. & action.* Quamobrem ſi bona defuncti lex municipii primogenito deferat, conſequeretur ea primigenitus, tametſi filius exteri, etſi vetet ſtatutum, parietes ædium altius tollere, nec extraneus, nec ſubditus abſens, altius erigere ædificium poterit. *Dd. d. l. 1. Codic. de ſumma Trinit.* Ita eleganter Iohannes Coraſ. *lib. 2. de art. iuris. c. 14.*

Finis huius diſputationis primæ.

VOLV-

VOLVMINIS PRIMI
DISPVTATIONIS SECVNDÆ
De
IVRE ET STATV PERSONANVM,
QVÆSTIO I.

I. An recte triplex conſtituatur iuris obiectum? 118

II. An ſerui proprie dicantur perſonæ. 119

III. An in perſonalibus ſub ſexu maſculino etiam fœmineus comprehendatur? 120

IV. An pœna l. Vnicæ C. de Rapt. Virg. locum habeat in fœmina, virum rapiente? 122

V. An mulier ſit homo? 123

VI. An ſeruus poßit eſſe ſine domino? 124

VII. Anne Chriſtianis conceſſum ſit ac licitum belligerare? 125

VIII. An ſtatu liberi ſint ſerui? 126

IX. An Adſcriptitÿ ſint ſerui? 127

X. An Tabularÿ ſint ſerui publici? ibid.

XI. Quonam iure ſeruitus ſit introducta? 129

XII. An parentes vel conſanguinei ob precium participandum ſeſe vendentem redimere poßint? 130

XIII. An ad pœnam capitalem damnati fiant adhuc hodie ſerui? 131

XIV. An ingrati liberti in ſeruitutem à patronis reuocari poßint? 133

XV. An poßit princeps vel dominus ditionem ſuam vna cum ſubditis alienare, illis non conſentientibus? 134

XVI. An pro elocanda filia princeps poßit ſubditis ſuis collectam imponere? 137

XVII. An qui extra legitimum matrimonium ex ea natus eſt, aut tempore partus ancilla fuit, ingenuus ſit? 146

XVIII. An nati menſe ſeptimo liberi ſint legitimi? 148

XIX. An partus Octomeſtris ſit legitimus? ibid.

XX. An partus Vndecimeſtris ſit legitimus? 151

XXI. An ſi mulier mox ſecundas contrahat nuptias, & ſeptimo menſe pariat, cuius ſit partus? 151

XXII. Quænam ſint coniecturæ & præſumptiones filiationis? 153

XXIII. An partus monſtroſi & portentoſi ſint liberi appellandi? 156

XXIV. An poſthumus liberorum appellatione veniat? ibid.

XXV. An ad legitimationem requiratur cõſenſus liberorũ legitimandorũ? 158

XXVI. An per ſubſequens matrimonium legitimatus ſuccedat in bona feudalia? 159

XXVII. An procedat legitimatio, ſi mulier tẽpore natiuitatis in vxorem haberi potuerit, quãuis tempore conceptionis duci nequiuerit? 161

XXVIII. An Comites Palatini poßint proprios ſuos ſpurios legitimare? 162

Digitized by Google

XXIX. *An princeps per reſcriptum ſuum poſſit natos ex inceſto & adulterino coitu legitimare?* 164

XXX. *An princeps poſſit eos legitimare qui alieni ſunt imperii & iurisdictionis?* 165

XXXI. *An nepos per aui ſubſequens matrimonium fiat auo legitimus nepos, patre iam defuncto?* 166

XXXII. *An ad legitimationem requiratur conſenſus filiorum?* 167

XXXIII. *Quænam in impetratione legitimationis ſint exprimenda?* ibid.

XXXIV. *An pontifex poſſit legitimare?* 168

XXXV. *An legitimatus excludat ſubſtitutum, ſi ſit facta ſub conditione ſi ſine liberis deceſſerit inſtitutus?* 169

XXXVI. *An legitimatio ſit legis actio?* 171

XXXVII. *An adoptādi conſenſus requiratur?* 173

XXXIIX. *An impuberi arrogato, ſine cauſa emācipato vel exheredato debeatur quarta vniuerſorum bonorum?* 175

XXXIX. *An quarta impuberibus ex Diui pij cōſtitutione debita, aucta ſit Iuſtiniani conſtitutione?* 176

XXXX. *An adoptatus à nobili ſit nobilis?* 177

XXXXI. *An legitimatus conſequatur nobilitatem?* ibid.

XXXXII. *An adoptiuus ſuccedat in feuda?* 179

XXXXIII. *An ſtatuto poſſit effici vt adoptiuus ſuccedat?* 180

XXXXIV. *An Adoptiui contineantur conditione iſta fideicommiſſi ſi ſine liberis?* ibid.

XXXXV. *Si adoptiuus filius heres inſtitutatur, anne tunc in fideicommiſſo tacite ſubintelligatur iſta conditio ſi ſine liberis?* 181

XXXXVI. *An pactum vnionis prolium ſit licitum, an vero illicitum?* 182

XXXXVII. *An vnio prolium etiam in teſtamento patris fieri poſſit?* 184

XXXXVIII. *An ius patriæ poteſtatis inducatur per vnionem prolium?* ibid.

XXXXIX. *An Doctoralis dignitas liberet à patria poteſtate?* 186

DISPVTATIONIS SECVNDÆ

De

IVRE ET STATV PERSONARVM

THESIS PRIMA,

Reſolutio.

Lit. A. Qu. I. *An recte triplex cōſtituatur iuris obiectū?*

PRæmiſſis in diſputatione proxima generalibus quibuſdam iuris noſtri, ſequitur vt nunc ad ius ipſum explicandum accedamus. Hoc autem triplex habere obiectum, teſtis eſt Iuriſconſultus Gaius in *l. 1. ff. de ſtatu hominum*, vbi ait: *omne ius, quo vtimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res vel ad actiones*: Idque totdem verbis confirmat Iuſtinianus in §. *final. Inſtitut. de Iure Natural. Gentium & Ciuili.*

Hæc vero diſtributio, quin bona ſit, & legitima, non dubitandum eſſe exiſtimo. Cum non ſolum à Gaio expreſſe propoſita, ſed à Iuſtiniano etiam aperte ſit confirmata.

Etſi enim nomen rei quandoque ita accipiatur large in iure noſtro; vt perſonas quoq; & actiones ſub ſe complectatur vt colligere licet ex *l. 5. de V. ſignific.* & aliis conſimilibus textibus. In propoſita tamen diſtributione ſtricte accipitur. Vt taceam nomen hoc perſonis liberis accommo-

commodari non poſſe, etſi ſeruis attribuatur.

Cætera quæ huic diuiſioni opponi ſolent, diſſolui *libr. 1. tract. 2. quæſt. 1. variar. iuris ciuilis reſolutionum*, quo me, breuitatis cauſa, refero.

Lit. B. Primum igitur obiectum iuris ſunt PERSONÆ *d. §. fin. Inſt. de Iur. Nat. Gent. & Ciuil.* Quam appellationem æquiuocam eſſe & liberis hominibus proprie; ſeruis vero improprie & abuſiue competere, aſſerit hoc loco Autor noſter cum Matthæo Weſenbecio & aliis quibuſdam.

Qu. 2. An ſerui proprie dicantur perſonæ?

Verum contrariam opinionem multo veriorem eſſe, mihi perſuaſiſſimum habeo; propterea quod Iuſtinianus perſonas diuidit in liberos & ſeruos *pr. Inſt. de iure perſonarum: Summa* inquiens, *diuiſio de iure perſonarum hæc eſt, quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſerui.*

Cui accedit quod idem Iuſtinianus aſſerit, in ſtipulatione ſeruorum perſonam ſtipulantis (qui ſeruus eſt) contineri *§. 2. Inſt. de ſtipulat. ſeruorum.*

Eodemque facit quod in *l. 22. de R. Iur.* Perſonæ SERVILIS expreſſe fit mentio.

Quodq; in *l. 6. C. de iudic.* dicitur condẽnatio in perſonam ſerui fieri.

Quæ ſane vniuerſa atque ſingula euidenter demonſtrant, quod perſonæ appellatio in iure noſtro ſeruis quoque tribuatur. Et quanquam diſſentientes reſpondeant, in vniuerſis iſtis locis nomen perſonæ abuſiue atque improprie de ſeruis prædicari; id tamen nulla ratione probant, nec coniecturæ huius ſuæ vllam idoneam rationem adducunt.

Quod enim multis in locis iuris noſtri ſerui dicuntur perſonam à domino mutuari, vt in *l. 31. Digeſt. de heredib. inſtit. paragraph. prim. Inſtit. de ſtipulat. ſeruor. & l. .. ff. eod. tit....*
qu in iuc voc. rebus & quadrupedibus annumeratur *in l. prim. Digeſt. de Rer. diuiſ. l. 2. ad l. Aquil.* capite deſtitui dicitur *§. ſeruus. 4. Inſtit. de capit. dimin.* Id certe non admodum magni eſt momenti: ſiquidem perſonam à domino mutuantur ſerui in iis, quæ iuris ciuilis ſunt (cuiuſmodi ſunt aditio hereditatis & ſtipulatio) ratione quorum pro nullis & mortuis habentur *l. 32. Digeſt. de Reg. Iur.* Perſonam inſuper habere negantur, rebus & quadrupedibus annumerantur, ſolum in iis quæ iuris ciuilis & liberorum hominum propria ſunt, eodemque modo capite deſtituuntur ciuili, quod in libertate, ciuitate & familia conſiſtit, verum de hac controuerſia plura dixi *in Reſolution. libr. prim. tract. ſecund. quæſt. 2.*

Porro diuiduntur perſonæ ex natura in mares & fœminas, quæ tamen diuiſio ad ius perſonarum non pertinet, cum regulariter idem ius in fœminis, quod in maribus, obtineat, nec quoad ſtatum vlla eſt inter mares & fœminas differentia: quanquam, aſſerente Papiniano Iuriſconſulto, in multis iuris noſtri articulis, deterior ſit conditio fœminarum, quam maſculorum *l. 9. Digeſt. de ſtatu hominum.* A Iuſtiniano vero Imperatore maſculis fere in omnibus ſint exæquatæ *leg. 4. Cod. de lib. præterit.* Vbi aperte tradit, naturæ illos accuſatores exiſtere, qui in ſucceſſione deteriorem fœminarum, quam maſculorum conditionem conſtituant: idemque arguit *Nou. 118. capit. prim. & ſecund.* Quin etiam hodie in multis iuris articulis melior eſt conditio fœminarum, quam maſculorum, poſtquam Iuſtinianus, nimium fauens mulieribus, magnis priuilegiis eas, præ viris, decorauit *l. aſſiduis 12. C. qui pot. in pignor.* *Lit. C.*

Quanquam vero fœmina ſexu diſtinguatur à mare, in iure tamen noſtro ſexus maſculinus fœmininum ſexum complectitur: ita Paulus in *leg. prim. ff. de*

Digeſt. de Verb. ſignificat. Verbum hoc SI QVIS tam maſculos quam fœminas complectitur; Cui adſtipulatur Vlpianus *in leg. 195. pr. ff. eod. tit. Pronunciatio*, inquiens, *ſermonis in ſexu maſculino ad vtrunq; ſexum plerumq; porrigitur.*

Et Iulianus *in l. 62. ff. de legat. 3. Qui duos*, inquit, *mulos habebat ita legauit, mulos, qui mei erunt, cum moriar, Seio heres dato. Idem nullos mulos, ſed duas mulas reliquerat: reſpõdit Seruius deberi legatum, quia mulorum appellatione etiam mulæ continentur, quemadmodum appellatione ſeruorum etiam ſeruæ plerumque continentur*: id autem eo veniet, quod ſemper ſexus maſculinus, etiam fœmininum ſexum continet.

Quod ſi tamen conditio & natura ſubiectæ materiæ non admittat legem, in genere maſculino loquentem, accommodari quoque fœminis, ſuperior regula ceſſat.

Qu. 3. *An in pœnalibus ſub ſexu maſculino etiam fœmineus comprehendatur?*

Et quia hoc in fauorabilibus procedat, nullum eſt dubium: de eo vero diſceptari ſolet, anne in pœnalibus quoque & odioſis ſexus maſculinus fœminas complectatur?

Pro negatiua opinione facit primo quod fœminæ mitius puniri debeant, quam mares ex eodem genere delicti: ſiquidem æquiſſimum eſt eum, qui minus peccat, minus etiam puniri, quam eum qui grauius peccat. Atqui mulieres in eodem delicti genere minus peccare, quam maſculos, hac ratione euincitur, quod cum iudicii imbecillitate laborent, non tam ex malitia, quam & lubricitate iudicii delinquere videantur.

2. Et quod clementius puniendæ ſint fœminæ, quam mares, probat *l. 6. pr. ff. ad l. Iul. peculat.* dum ibi in hæc verba ſcribit Vlpianus: *Sacrilegij pœnam debebit proconſul pro qualitate perſonæ, proque rei conditione & temporis, & ætatis & ſexus, vel ſeuerius vel clementius ſtatuere.*

3. Et in *l. 38. §. 2. ff. ad l. Iul. de adult. Tunc demum eam pœnam, quam mares, ſuſtinebit cum inceſtum iuregentium prohibitum admiſerit: nam ſi ſola iuris obſeruatio interueniet, mulier ab inceſti crimine erit excuſata.* Ecce hic mulier punitur duntaxat ob inceſtum iuregentium commiſſum; non etiam ob inceſtum iuris ciuilis: cum tamen maſculus puniatur indiſtincte, ſiue inceſtus fuerit iurisgentium, ſiue ciuilis. Ex quo colligitur, in pœnalibus & odioſis non eandem eſſe conditionem fœminarum & maſculorum; ac proinde ſub maſculino ſexu fœmineum non contineri.

4. Et quod non eadem eſſe debeat in pœnalibus maſculorum & fœminarum conditio, oſtendunt Impp. Arcadius & Honorius *in l. 5. C. ad l. Iul. maieſtatis*, vbi ita ſanciunt, *filios illorum, qui criminis leſæ maieſtatis rei damnati fuerint, omni priuari ſucceſſione & hereditate, non paterna ſolum, ſed etiam materna & auita, filias vero falcidiam habere ex bonis matris; quia mitius debeat circa eas eſſe ſententia, quas pro infirmitate ſexus minus auſuras eſſe confidimus.*

5. His additur hoc argumentum, quod in odioſis diſpoſitionibus maſculinum non concipiat fœmininum, cum odia reſtringi debeant, fauores vero ampliari *capit. odia de R. Iur. in ſext.* Pœnales vero conſtitutiones & diſpoſitiones ſint odioſæ *arg. l. fin. C. de probat. l. 18. C. de tranſact.* Igitur in illis maſculino ſexu fœmineus non comprehendatur, ſed conſtitutio pœnalis de maſculo, extendi non debeat ad fœminam.

6. Denique impuberes mitius eſſe puniendos, quam puberes propter ingenii imbecillitatem, qua laborant, expeditum eſſe videtur & probat *l. 108. de R. Iur. & l. 37. ff. de minoribus.* Atqui fœminæ eadem laborant imbecillitate iudicii, qua impuberes *l. 1. ff. ad SC. Velleian. pr. Inſt. quibus alienare liceat vel non.* Idcirco & ipſæ mitius erunt puniendæ, quam maſculi.

7. Pro hac denique ſententia facit *l. 1. §. Accuſationem. verſ. Atquin Papinianus ff. ad*

ff. ad. Sc. Turpill. l. 4. eod. nam mulier, ſi accuſationem falſi inſtituit, quam non inſtituere ipſi licebat, vel ſi ab accuſatione, ſine abolitione deſtitit, in Sc̃ti Turpilliani pœnam non incidit; in quam tamen maſculus incideret: atqui Sc̃tum erat verbo *ſi quis*, atq; in ſexum maſculinum conceptum.

Quocirca ex his ſtatuendum eſt quod Conſtitutio pœnalis, de ſexu maſculino concepta, non complectatur ſexum fœmineum.

Veruntamen pro contraria ſententia, quod ſexus maſculinus in ſtatutis & conſtitutionibus pœnalibus complectatur etiam ſexum fœmineum, facit quod in *l. 1. & in l. 195. ff. de verb. ſignific. l. 62. ff. de legat. 2.* generaliter & indiſtinctè aſſeritur, maſculinũ ſexum fœmineum cõtinere, quodq; in *d. l. 62.* Iulianus tradit SEMPER ſexũ maſculinum etiã fœmininum ſexum cõplecti: quod ſi ſemper, igitur etiã in diſpoſitionibus ac conſtitutionibus pœnalib⁹.

2. Accedit textus apertus in *l. 7. §. 1. ff. de juriſdict.* Cum enim Prætor edicto ſuo cauiſſet, vt ſi quis album Prætoris corrupiſſet, quingentorum aureorum pœna mulctaretur, Ictus Vlpianus verba iſta Edicti *ſi quis* ita interpretatur, vt vtrumq; ſexum complecti voluerit Prætor: *ſed & vtrumq; ſexum Prætor complexus eſt*, ait.

Nec moveor argumẽtis ſupra in contrarium adductis: nam ad primum reſpõderi debet, etiamſi mulieres iudicij imbecillitate laborent; hanc tamen imbecillitatem in delictis non præſumi; vnde etiã iura mulieribus decipientibus nõ ſuccurrunt, ſed deceptis ſolum *l. 2. verſic. Et ita demum l. ſi mulier 23. & l. 30. ff. ad Sc. Velleian.* Et quanquam muliebre ingenium dicatur imbecille; eſt tamen aſtutia, verſutia, ac malitia pleniſſimum.

Ad *l. 6. ff. ad l. Iul. Peculatus* reſpondetur, fœminis interdum mitiorem irrogari pęnam, ſi nempe liquido conſtet, illas imbecillitate muliebri magis, quam malitia deliquiſſe: atque in dubio id non præſumitur. Deinde etſi in arbitrariis pœnis, quæ legibus determinationem certam ac definitionem non habent, ratio ſexus haberi & diſcrimen aliquod conſtitui poſſit, non tamen id locum habet, cum pœna in legibus certa generaliter, nullo diſcrimine ſexus facto, propoſita & delinquentibus decreta eſt. Et inſuper, quanquam in quibuſdam delictis alia pœna fœminis irrogari ſoleat quam maribus: non tamen exinde protenus inferri licet, quod generaliter in omnib⁹ delictis mitior pœna ſit fœminis irroganda, quam maribus.

Ad *d. l. 38. ff. ad l. Iul. de adult.* reſpondetur, idcirco mulierem non puniri propter inceſtum iuris ciuilis, quia ille ex iuris ciuilis ignorãtia committi poteſt: Iuris autem ex ignorantia quod facit mulier, excuſationem meretur *l. 9 pr. ff de iuris & facti ignorãtia.* Et hoc ſenſiſſe ac voluiſſe Papinianum in *d l 38. §. 2.* haut obſcure indicat § *4. eiuſd. l. 38.* dũ illic in hæc verba ſcribitur: *Fratres denique Imperatores Claudiæ crimen inceſti propter ætatem remiſerunt, ſed diſtrahi coniunctionem illicitam iuſſerunt, cum alias adulterij crimen quod pubertate delinquitur non excuſatur ætate*: nam & mulieres in iure errantes inceſti crimine non teneri, ſupra dictum eſt.

Ad quartum reſpondeo, quod dictum eſt fœminas non puniri mitius, quam maſculos ex eodem delictorum genere, id regulare eſt, excipiuntur caſus quidam, quibus ſolet pœna leuior irrogari fœminis, quam maſculis, cuiuſmodi caſus eſt in *d. l. 6. ff. de pecul.* & alius extat in *d. l. 5 C. ad l. Iul. Maieſt.* In caſibus igitur ſolum in iure expreſſis mitior venit pœna irroganda fœminæ, quã mari.

Deinde ſexus maſculinus complectitur in pœnalibus fœmininum, niſi diuerſa ratio ſit fœminarum & maſculorum, eaque diuerſitas rationis ſuadeat alias & mitiores pœnas irrogari fœminis,

nis, quam maſculis: in *d. l. 5.* eſſe diuerſam rationem filiorum & filiarum, ipſi fatentur Imperatores in verbis ſupra recitatis: non enim paterni criminis exemplum in filiabus ita, vt in filiis metuitur.

Ad quintum reſpondetur, primo illam regulam, quod in odioſis non contineat maſculinus ſexus femineum ſexum, in iure fundatum non eſſe in *d. l. 62. ff. de legat. 3. dicatur SEMPER maſculinum ſexum continere fœmininum* Deinde pœnas non eſſe odioſas, ſed admodum fauorabiles, vt quæ vtilitatem publicam concernant, hæc quippe ſuadet, delicta non manere impunita *l. 51. ff. ad L. Aquil.* & malis hominibus Rempublicam purgari. Et quãquam fortaſſis videri poſſent odioſæ, reſpectu delinquentium, quibus irrogãdæ veniunt, odium tamen iſtud ſaltem eſſet priuatum, cui bonum publicum & ſalus Reipubl. quæ in eo conſiſtit, vt delicta puniantur & facinoroſi coerceantur, merito præferretur, cum ſalus populi ſuprema lex eſſe debeat.

Ad ſextum reſpõſio expedita eſt: nam quod impuberibus regulariter non ſit mitiganda pœna, infra demonſtrabitur in *diſp. 11. c. 12. lit. E.*

Ad poſtremum reſpondet Goedd. Ex *l. 5. C. ad Sc. Turpillianum*, conſtare quod fœmina regulariter in pœnam Sčti incidat, ſi deſiſtat ab accuſatione, non petita abolitione, verum mulieribus duplici ſolum ex cauſa ſuccurri: *Primo* ſi temeritate conſilij vel errore lapſæ tale crimen, quod propter ſexus rationem accuſare non potuerunt, intentauerint, ac tandẽ ſine abolitione errore deprehenſo, litem omiſerint: Secundo, ſi quidem accuſare potuerint, ſed ſtatim, pœnitentia ductæ, deſtiterint, adeoque inconſultam iudicij leuitatem in continenti purgarint.

Qu. 4. *An pœna l. vnic. de rapt. virgin. locũ habeat in fœmina, virum rapiente?*

Hinc quæſitum fuit, vtrum pœna *l. vnic. de raptorib.* capitalis, quæ conſtituta eſt in eos, qui virginem aut viduam rapuerint, locum habeat in fœmina quoque adoleſcentem vel viduum rapiente?

Negatiuam plerique tuentur, quos ſequitur etiam Harpr. *in tract. criminali ad §. Item lex Iulia de vi 8. Inſt. de publ. iudic.* Et Clarus in §. *Raptus n. 6.*

Mouentur primo hac ratione, quod conſtitutio illius *l. vnica*, ſit expreſſe concepta de raptore virginum, vel viduarum: proinde ad raptricem non debet extendi, cum odia ſint reſtringenda & fauores ampliandi *d. cap. odia.*

2. Quia non eadem obtineat ratio iniuriæ in fœmina, quæ in maſculo, cum maior pudicitia & caſtitas in fœmina, quã in maſculo requiratur. *l. 2. §. 1. C. de his qui veniam ætat. l. 5. C. ad Sc. Orphitianum.*

Sed contraria opinio arridet Autori noſtro, qui ſtatuit *d. l. vnicam* & in muliere locum habere, ſine dubio ex præcedenti regula, quod in pœnalibus conſtitutionibus ſexus maſculinus fœmineum quoque contineat.

Sed priorem opinionem veriorem eſſe iudico: etſi enim veriſſimum ſit, quod & ſupra defendimus, in pœnali ſtatuto maſculino ſexu contineri fœmininum; obſeruandum tamen eſt, quod in *d. l. vnic.* Imperator Iuſtinianus non abſolute & indefinite loquatur de raptoribus, ſed expreſſe de iis raptoribus, qui virginem honeſtam, vel viduam rapuerint: quod ſi Imperator eadem pœna voluiſſet fœminam quoque, rapientem maſculum, affici, ad quid conſtitutionẽ ſuam expreſſe de raptoribus virginum, vel viduarum concepiſſet? cum ad certam facti ſpeciem Iuſtinianus non reſpondeat, ſed generalẽ ſanctionẽ & cõſtitutionẽ ꝓponat.

Porrò cum à Iuſtiniano in eos, qui imprudentia & ignorantia iuris rem ſuam, aut alienam tanquam ſuam rapuerint, exiſtimantes fas eſſe rem ſuam vi poſſidenti ſurripere, pœna hæc fuerit conſtituta, vt dominus rem ſuam rapiens cadat dominio rei ſuæ, rem vero alienam rapiẽs, præter

ter rẽ, æſtimationẽ ei⁹ ſeu preciũ præſtare debeat, quæſitum fuit, vtrumne iſta Iuſtiniani cõſtitutio etiã in fœminis, res ſuas, aut prorſus alienas rapiẽtib⁹, locũ habeat?

Dicendum videbatur non habere præfatam conſtitutionem in fęminis locum, quia loquitur expreſſe de illis qui iuris errore & ignorantia rapinam commiſerint, putantes cuivis domino fas eſſe rem ſuã propria authoritate vindicare, eandemq; auferre: mulier autem excuſetur ignorãtia iuris, ſic, vt ei non noceat *l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor.*

Verum hac ratione non obſtante, Menochi⁹ *9 remed. recuper. poſſ. n. 9.* ſtatuit, prædictam Iuſtiniani conſtitutionem locum quoq; in fœminis habere, ita vt ſi fœmina per vim rapuerit rem ſuam, aut quam ſuã eſſe opinatur, perdat dominium rei ſuæ, remq; alienam vna cum precio ſiue æſtimatione eius præſtare cogatur.

Nã cõſtitutio iſta verbo generali *ſi quis* (quod tam fœminas, quam maſculos cõplecti dicitur) concepta eſt: proinde ad fęminas quoque porrigi debet.

Nec obſtat ratio ſupra in contrariũ adducta: nam quod dicitur fœmina excuſari ignorantia iuris, id non perpetuum eſſe, ipſe Paulus in *l. 9. pr. ff. de iur. & fact. ignor.* ingenue fatetur: dum ita ſcribit: ***Regula eſt iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur in quibus ſpeciebus locũ habere poſſit: Ante præmiſſo quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permiſſum eſt, quod & in fœminis in quibuſdam cauſis propter ſexus infirmitatem dicitur: Et ideo ſic vbi non eſt delictum, ſed iuris ignorantia, non læduntur.***

Et quod axioma iſtud, ***iuris ignorantiam fœminis non nocere*** perpetuum non ſit, ſed in caſibus duntaxat in iure expreſſis procedat, docet Imperator in *l. fin. C. de iuris & facti ignorantia*, ita ſcribens: ***Ne paſſim liceat mulieribus omnes ſuos contractus retractare in his, quæ prætermiſerint vel ignorauerint, ſtatuimus ſi per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel ſubſtantiam ſuam patiantur, in his tantum caſibus, in quibus præteritarum legum auctoritas eis ſuffragatur, ſubueniri.***

Sicut porro fœmininus ſexus maſculino continetur, anne ita quoque hominis appellatione contineatur fœmina, in dubium reuocauit Iacobus Cuiacius, quin imo ſerio affirmauit appellatione hominis non contineri fœminam, motus autẽ fuit *l. 38. §. qui abortionis. ff. de pœnis.* in qua hoc aſſeri videtur, quod fœmina homo non ſit, cum homini illic opponatur: verba textus iſtius hæc ſunt: ***Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etſi dolo non faciãt, tamen quia mali exempli res eſt, humiliores in metallum, honeſtiores in inſulam, amiſſa parte bonorum, relegantur: quod ſi eo MVLIER aut HOMO perierit ſummo ſupplicio afficiũtur.*** Ex hac igitur oppoſitione infert Cuiacius & alij nonnulli quidam, ipſum ſecuti, mulierem non eſſe hominem, nec hominis appellatione comprehendi. Qu. 5. *An mulier ſit homo?*

Sed tamen grauiter errat Cuiacius, vir alioquin eruditiſſimus, cum textu iuris euidentiſſimo doceri poſſit, fœminam hominem eſſe. Nam in *l. 152. ff. de verb. ſignific.* ait Gaius, ***hominis appellatione tam fœminam, quam maſculum contineri non dubitatur.*** Quibus verbis ſignificat Ictus, fœminam non minus eſſe hominem atque maſculum, & hoc adeo eſſe certum, vt de eo non dubitetur.

Ad *d. l. 38.* reſpondetur, hominem ibi non opponi mulieri, ſed cum illic agatur de duobus poculis, amatorio & abortionis, ſubiici per relationem poculo abortionis mulierem, quæ ſola abortire poteſt: poculo vero abortionis hominem, vtrumque ſexum comprehendentem, cum certum ſit vtrique ſexui hoc propinari: nam per ***hominem*** intelligitur is, qui in vtero eſt, de quo nondum conſtat, an maſculus ſit futurus, an fęmina, quiq; tam facile poſſit naſci fęmina, quã maſculus, vt proinde hic ipſe textus, recte conſideratus, ſententiã noſtrã

Q 2 perſpi-

Digitized by Google

perſpicue demonſtrat, atque euincat, & fœminam in iure hominem appellari.

Lit. D. Inter maſculum & fœminam videtur medius quodammodo *Hermaphroditus*, de vtroque ſexu nonnihil participans, quem tamen ad eum referri ſexum, qui in ipſo præualet, certi & indubitati eſt iuris. Atq; Vlpianus aſſerit in *l. 10. ff. de ſtatu hominum: quæritur Hermaphroditum cui comparamus, & magis puto eius ſexus æſtimandum qui in eo præualet.*

Idem confirmat etiam Paulus in *l. 15. ff. de teſtibus*: cum enim mulier in teſtamento teſtis eſſe prohibeatur, & de Hermaphrodito quæratur, vtrum teſtis eſſe poſſit in teſtamento, reſpondet Paulus his verbis: *Hermaphroditus an ad teſtamentum adhiberi poſſit qualitas ſexus incaleſcentis oſtendit; ita vt ſi in eo præualeat ſexus fœmineus, remoueatur à teſtimonio in teſtamento perhibendo: ſin vero ſexus maſculinus prævaleat, admittetur teſtis.* Idemque quoque conſtat ex *l. 6. §. fin. ff. de libr. & poſthum.*

Et hanc diſtinctionem in feudis quoq; obſeruari recte monet Autor noſter: cum enim de iure feudali fœmina regulariter non ſuccedat in feudum *tit. 1. lib. 41. Feud.* Idcirco ſi in Hermaphrodito præualeat ſexus fœmineus, remouetur à ſucceſſione feudi: ſin ſexus maſculinus præualeat, admittitur.

RESOLVTIO THESIS *Secundæ.*

SVmma diuiſio de iure perſonarum hæc eſt, quod aut liberi ſunt, aut ſerui. *pr. Inſt. de iure perſon.* Liberi dicuntur à libertate, quæ definitur à Iuſtiniano naturalis facultas faciendi quod cuiq; libet, niſi vi aut iure prohibeatur: dicitur *facultas naturalis* propterea quod omnes homines liberi ſunt natura, quæ nullam agnoſcit ſeruitutem, nec vllum, quoad ſtatum diſcrimen admittit *pr. Inſt. de libertin.* additur in definitione *faciendi quod cuique libet, niſi vi aut iure prohibetur*, non enim libertas eſt quædam effrenis licentia faciẽdi quæuis, ſed eſt facultas & licentia legibus circumſcripta & determinata: ſic enim recte Cicero ait, *Tunc demum nos vere eſſe liberos cum legibus ſeruimus.*

Seruitus vero eſt *conſtitutio iuriſgentiũ, qua quis alieno dominio contra naturam ſubijcitur.* Dicitur *Conſtitutio iuriſgentium* quia ſeruitus iure gentium eſt conſtituta & introducta, vt ait Iuſtinianus in *§. 2 Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* ſubiicit ſeruitus ſeruum alieno dominio, quia ſeruus ſubeſt poteſtati & dominio ſui domini, & ſeruus atq; dominus ſunt correlata quorum vnũ ponit alterum & inter quę dominium eſt relatio. Non igitur poteſt eſſe ſeruus, qui non ſit in dominio, nec probat contrariũ quod ſeruus hæreditarius nullius ſit in dominio *l. 1. pr. ff. de R. diuiſ. l. 3 pr. ff. de pecul.* Nõ in dominio defũcti, quod expeditum eſt: nec in dominio heredis, quia is hereditatem nondum adiit, & incertum eſt vtrũ eam ſit aditurus, nec ne. Lit. B. Qu. 6. *An ſeruus poſsit eſſe ſine domino?*

Reſp. Nam etſi rei veritate inſpecta in nullius dominio ſit ſeruus hæreditarius: fictione tamen iuris eſt in dominio hereditatis, quæ interim, donec adeatur, repræſentat defunctũ & in rebus hereditariis dominæ locum ſuſtinet. *§. 2 Inſtit. de hered. inſtituend. tit. Inſt. de ſtipulat. ſeruor.* Aliter reſpondet Autor noſter, Non obſtat præterea *l. 23 ff. de liberali cauſa*, vbi mentio fit ſerui qui ſit ſine domino.

Reſp. Nã ſi recte cõſideretur iſte textus, deprehẽderetur quod non loquatur de ſeruo, ſed de homine libero bona fide ſeruiẽte, quem ſine domino eſſe nulla prohibet ratio: additur deniq; in definitione ſeruitutis *contra naturã*, quia libertas eſt ex natura vt mox oſtẽdetur: ſeruitus autẽ libertati eſt cõtraria, cui cõſequẽs eſt, quod & iuri naturæ ſeruitus contrarietur: monet tamen Autor noſter de iure naturæ primæuo hoc intelligendum eſſe, quod ſcilicet cum

Digitized by Google

cum hominibus natum eſt; non autem accipiendum de iure naturæ ſecundario, quod, vt ipſe Iuſtinianus ſcribit, Ius gentium appellatur §. *ſingulorum Inſt. de rer. diuiſ.*

Cæterum ſeruitus ex bellis originem habet: recta ſiquidem ratio ſuaſit, coercendam eſſe hominum improbitatem & refrenādam illorum libidinem bella ſuſcipi, quæ poſtmodum ſeruitus inſecuta eſt: humanitas ſiquidem ſuaſit captos in bello ſeruari & ſeruituti ſubijci potius quam illos interfici: hinc ſerui dicti fuerunt à ſeruando, & mancipia, eo quod manu capti eſſent. §. *ſerui. I. de iure perſon.*

Queſ. 7. *Anne Chriſtianis conceſſum ſic ac licitū belligerare?*

Sed vtrum etiam magiſtratui Chriſtiano fas & ius ſit bellum ſuſcipere, non immerito quæritur? pro negatiua enim ab Anabaptiſtis hæc proferri ſolent argumenta.

1. Quia Chriſtus vindictam Chriſtianis prohibet *Matth. 5. Ego vero dico vobis ne reſiſtatis malo, ſi quis percuſſerit tibi maxillam dextram, præbe ipſi & ſiniſtram.* Et Paulus *Rom. 12. Nemini malum reddentes pro malo: non vos vlciſcentes dilecti, ſed date locum iræ:* atqui bella gerere eſt vindictam exercere: igitur Chriſtianis licitum ac permiſſum non eſt bella gerere & hoſtibus, malum inferentibus, reſiſtere.

2. Quia Chriſtus iubet recondere gladium in vaginam ſuam *Matth. 26.* proinde Chriſtianis non erit conceſſum gladium belligerando exercere.

3. Quia Chriſtus iubet inimicos diligere *Matth. 5. & c. 12. ad Roman.* non autem diligit hoſtes, qui armis & gladio eos perſequitur.

4. Quia Deus vetat occidere homines: Atqui in bello occiduntur homines.

5. Quia Chriſtus iubet Chriſtianos eſſe miſericordes *Matth. 5. Iac. 2. ver. 13.* Atqui gladio ferire & bello perſequi hoſtes, eſt immiſericordia.

6. Arma Chriſtianorum ſunt ſpiritualia, preces, patientia, verbum 2. *Cor.* 10. vbi D. Apoſtolus Paulus *arma*, inquit, *malitiæ noſtræ non ſunt carnalia, ſed diuinitus valida ad ſubuerſionem.*

7. Quia in Nouo teſtamento nullum extat teſtimonium, vel exemplum, quod doceat bellum eſſe rem licitam Chriſtianis: igitur Chriſtianum magiſtratum non decet bellum gerere.

8. Quia Propheta Oſeas de Eccleſia noui teſtamenti vaticinatur, quod non affligent in ea, nec nocebunt, ſed enſes conuertent in ligones *Hoſeas 1. verſ. 8.* Chriſtianum proinde non decebit ſub nouo Teſtamento bellum gerere.

Sed quod Chriſtiano magiſtratui adhuc hodie liceat bellum gerere ſi ita neceſſitas exigat, verius eſt, atque his fundamentis ſolidiſſimis, è ſacra ſcriptura & verbo Dei petitis demonſtratur.

1. Abraham qui dicitur pater omnium fidelium, bellum geſſit contra quinque reges Geneſ. 14. Ioſaphat item, Ioſua & Dauid alijq; ſancti reges laudabiliter bella geſſerunt & diuinitus victorias de hoſtibus obtinuerunt.

2. Quia Deus ipſe leges bellicas ſuo populo, qui erat Eccleſia, præſcripſit de bellis legitime ſuſcipiendis & recte gerendis *Deuter. 13. 20. & 31. n. 10. & 13.*

Et quanquam Anabaptiſtæ reſpondeant, olim quidem ſub Veteri teſtamento belligerare fuiſſe licitum: at hodie ſub nouo Teſtamento id eſſe illicitum.

Verum refelluntur loco admodum perſpicuo, qui extat apud Paulum in Epiſtola ad *Hebræos 11. v. 33.* vbi Apoſtolus: ſancti per fidem debellarunt & exterorum caſtra euertunt.

3. Quia Cornelius Centurio cohortis Italicæ, fuit pius ac timens Deum: Iohannes milites ad ſe venientes non iubet arma deponere nec prohibet militiam ſectari, ſed eos iubet ſuis ſtipendijs eſſe contentos.

4. Denique quod ex iure naturæ deſcendit, illud non tollit Euangelium: atqui

qui bellum, quod ſpecies eſt defenſionis, ex iure naturæ deſcendit *argum. l. 5. ff. de iuſtit. & iure.* Ergo ius belli non tollit Euangelium.

Verumtamen ſciendum eſt, bellum à Chriſtianis ſuſcipiendum eſſe non offenſionis, ſed defenſionis cauſa, non ad iniuriam inferendam, ſed ad iniuriam illatam à ſe depellendam, ita vt finis belli pax ſit.

Non multum refragantur quæ ſupra pro contraria opinione adducta fuerunt: ad primum reſpondeo, vindictam priuatam à Chriſto prohiberi: non vero publicam, ſiue eam quæ fiat publica legitimi magiſtratus autoritate: nam magiſtratui datus eſt à Deo gladius in vltionem malorum & defenſionem bonorũ: Proinde cum magiſtratus iniuriam, ſibi illatam, vindicat bello, aut vim ſibi ſuiſque ſubditis illatam repellit, ipſe Deus cenſetur per magiſtratum, qui Dei miniſter eſt *c. 13. ad Romanos.* bellum gerere & vindictam exercere.

Ad ſecundum reſpondetur, Petrum iuſſum fuiſſe gladium ſuum in vaginam recondere, quia fuerit Apoſtolus & Paſtor Eccleſiæ, quem arma tractare minime decet: quin & omnibus priuatis interdicitur, ne gladium ſtringant, ad vindicandam iniuriam ſibi illatam: ad ſui vero defenſionem vſu armorum minime interdicitur: at magiſtratus habet ius gladij à Deo ſibi tributum, ad vltionem malorum & defenſionem bonorum *d. ca. 13. ad Roman.*

Ad Tertium reſpondeo Magiſtratum, qui ius gladij habet, à Deo ſibi traditum, hoſtes quidem ſuos diligere debere, ſed non quatenus hoſtes ſunt Eccleſiæ & Reipublicæ: tales enim Deus ipſe, cuius miniſter eſt magiſtratus, abominatur: proinde in eos arma ſumere poterit, vt rebelles & hoſtes Reipublicæ.

Ad quartum reſpondetur, legem diuinam prohibere occidere hominem, ſed inſontem & à priuatis: nam ſontes iubet Deus à magiſtratu occidi *Geneſ. 9. verſ. 6.* Exod. 21. verſi. 14. Et magiſtratus gladium non gerit fruſtra; ſed in vltionem illorum qui male agunt d. cap. 13. ad Romanos.

Ad quintum reſpondeo non eſſe contra miſericordiam, quæ Chriſtianis iniungitur, hoſtes Reipublicæ perſequi & bello reprimere, ſed eſſe opus Iuſtitiæ: quia potius hoſtibus permittere graſſari in inſontes ciues & ſubditos, repugnat miſericordiæ, Chriſtianæ charitati & magiſtratus officio, quod in eo conſiſtit vt vlciſcatur malos *d. c. 13.*

Ad ſextum reſpondeo quod dicitur, arma Chriſtianorum eſſe ſpiritualia, id accipiendum eſſe de armis Eccleſiæ aduerſus poteſtates ſpirituales, Satanam, carnem & mundum.

Ad ſeptimum reſpondeo, teſtimonium luculentiſſimum extare *Hebr. 11. verſic. 35.* quo demonſtretur ſub nouo etiam teſtamento bella gerere Chriſtianis eſſe licitum. Inſuper cum de iure belligerandi, ex vetere teſtamento ſatis conſtabat, quod licitum Chriſtianis atque permiſſum eſſet, ſufficit quod in N. Teſtamento non ſit prohibitum.

Ad vltimum reſpondetur, Vaticinia Prophetæ eſſe intelligenda de pace ſpirituali Eccleſiæ cum Deo & cum ſuis membris.

Quocirca bellum Chriſtiano magiſtratui minime interdictum eſt.

Lit. C. Queſt. 8 *An ſtatu-liberi ſint ſerui?*

Ad ſuperiorem perſonarum bimembrem diuiſionem, qua in liberos & ſeruos diuiduntur, referri debent ſtatu liberi, hoc eſt illi, quibus ex tempore, ſeu ſub conditione libertas relicta eſt: hi enim interea, dum dies vel conditio expectatur, ſtatu-liberi appellantur exinde quod ſtatutam & deſtinatam in tempus vel conditionem libertatem habent *l. 1. ff. de ſtatu lib.* hos dico ſeruis recte accenſeri. Tum

quia

quia Vlpianus in *l.9.pr.ff.de ſtatu lib.* *Statuliberum*, ait, *medio tempore ſeruum heredis eſſe & ideo noxæ dari poſſe.* Tum quia ſtatuliberi à cæteris ſeruis nihil pene differre dicuntur *l.29.eod.tit.* tum quia ſtatuliberi vendi poſſe dicuntur *l.25.eod.tit.* tum quia inter ſeruos & liberos nullum datur medium *princ. 1. de iure perſon.* at ſtatuliberi non ſunt liberi quod certum eſt, ergo ſunt ſerui.

Et quanquam puniantur vt liberi *l.14. §.1.de quaeſt.* & ſolui non poſſint ei, cui ſeruus debetur *l. 9. §. 2. ff. de ſtatulib. l. 38. §. 3. ff. de ſolut.* Ex eo tamen non ſequitur quod nunc ſint liberi, cum ita puniantur ob fauorem futuræ libertatis & mox competituræ *d.l.14.ff.de quaeſt.*& ſolui non poſſint pro ſeruo, quia mox libertatem ſunt adepturi, vide quæ dicta ſunt *d.tract. 2 lib* I. *q.4. Variar. reſolut.* proinde ſtatuliber ante conditionem & diem libertatis dationi adiectam, exiſtentem, reuera ſeruus eſt, nec quoad præſentem ſtatum quicquam à ſeruis differt, quãquam ob futuram libertatem ipſique mox competituram, quaſdam habeat præ cæteris ſeruis prærogatiuas.

Ext.D. Quæſt. 9 *An Adſcriptitij ſint ſerui?*

Sed vtrum Adſcriptitij ſeruis debeant annumerari, controuerſia non caret? Autori placet quidem affirmatiua, ſed mihi negatiua multo videtur eſſe verior: tum quia ſunt in poteſtate dominorum *l.21.C.de agric. & cenſit*, tum quia poſſunt manumitti *d.l. 21.* tum quia contrarie liberis opponuntur in *l.fin.C.de Agricolis & cenſit.* tum denique quia perſpicue dicitur nullam eſſe differentiam inter aſſcriptitios & ſeruos, cum vterque in domini ſui poſitus ſit poteſtate *d.l.21.* quę ſane omnia atq; ſingula demonſtrant, quod adſcriptitius non debeat liberis hominibus, ſed ſeruis annumerari.

Nec ad rem pertinet quod adſcriptitij dicuntur poſſidere *l.4.l. 20.C. de agric. & cenſit. Nou.128.c.14.* quod cum dominis poſſint litigare *l.23.§.1.verſ. caueant C. de agric.* quodque ex adſcriptitijs nati liberi ſunt *l.penult. C. eod. tit.* Nam hæc omnia non de adſcriptitijs, ſed de colonis dicuntur: hi, quoniam liberi ſunt, poſſunt poſſidere, cum domino litigare, & qui ex his naſcuntur, liberi ſunt. Atque huc pertinet textus in *l.18.C.de agricol.* qui aperte inter agricolas & colonos diſtinguit.

Sic etiam non refert quod adſcriptitij non poſſint eſſe ſine prædio *l.21. Cod. de agricol.* vnde & adſcriptitij dicuntur, quia certo alicui loco adſcripti, deſtinati & velut addicti ſunt, in quo ſua domino præſtent ſeruitia. Item quod ſeruis opponantur in *l.6.l.21. & l. fin. C. de agricol. Nouell.123.* quod ſeparatim ſine prædio alienari non poſſunt *l.2.l.7.C.d.tit.* Et quod denique clerici fieri poſſunt *d. Nouell. 123.cap.17.* quæ omnia in ſeruis ſecus ſeſe habent.

Reſp. Nam hæc differentiam ſaltem demonſtrant inter cæteros ſeruos & adſcriptitios: & ſpeciem ſeruorum vnam ab alterna diſcernunt; ſed adſcriptitios è genere ſeruorum non eximunt. Vide *d. tract.2.q.5.*

Quæſt.10 *An Tabularij ſint ſerui publici?*

De Tabularijs porro ſeu Notarijs publicis itidem quæritur, anne ſeruis annumerari an vero liberis potius hominibus accenſeri debeant?

Et illos homines liberos olim fuiſſe, nec ad officium notariatus admiſſos eſſe ſeruos, conſtat luculentiſſime ex *l. 3. C. de Tabul.lib 10.* vbi Imperator. Arcadius & Honorius in hæc verba reſcribunt: *Generali lege ſancimus, vt ſiue ſolidis prouincijs, ſiue ſingulis ciuitatibus neceſſarij fuerint tabelliones, liberi homines ordinentur, neque vlli deinceps ad hoc officium pateſcat aditus, qui ſit obnoxius ſeruituti.*

Et ſane cum hodie dignitas muneri huic notariatus adhæreat, vt communis habet ICtorum traditio, dubium amplius nullum eſt, quin ad illud aſpirare non poſſint ſerui. Per eos vero, qui ſerui publi-

Digitized by Google

publici hinc inde in iure noſtro appellantur, vt in *l. Non aliter. ff. de adopt. §. 3. l. eod. l. ſi pupillus. ff. rem pupill. ſaluam fore.* non puto intelligendos eſſe notarios & tabularios, ſed ſeruos in publicum vſum emptos, atq; ad hoc comparatos, vt in publicis miniſterijs haberentur *l. 1. §. ſi ſeruum. ff de quæſt. l ſed ſi §. 4. ff. de in ius vocando.* Vide *in d. tract. 2. q. 6.*

Lit. E. Cæterum hæc, quæ de ſeruis dicuntur hodie exiguum habent vſum, ſeruitute prope in totum ex orbe Chriſtiano ſublata. Etenim annis ab hinc quadringentis nullos in orbe terrarum ſeruos repertos fuiſſe teſtatur Bodinus atque ex hiſtoriis demonſtrat: germanos enim veros ſeruos nunquam habuiſſe teſtis eſt Cornelius Tacitus in *hiſtor. de moribus Germanorum.* Gail. *de pign. c. 8.* Zaſius 1. *ſing. reſpon. 3. num. 74. & ſeq.* de Gallia ſua ſcribit Bodin. quod, etſi in ea exiſtant veteris ſeruitutis ſimulacra, ſeruos tamen nec facere, nec ab alijs emere fas ſit: ſiquidem ſerui peregrini vt primum Galliæ fines penetrauerint, eodem momento liberi fiant; idque vetere ait Scto Pariſiorum decretum eſſe aduerſus legatum quendam Hiſpanum, qui ſeruum in Galliam deduxerit. Idemque de Hiſpania quoq; aſſerit, in quam cum ſuperiori ſeculo plurimi ex Indis eſſent delati atq; pro ſeruis habiti, Carolum Cæſarem, lege lata, omnes iuſſiſſe eſſe liberos.

Equidem multis in locis Germaniæ noſtræ adhuc reperitur imago quædam ſeruitutis in hominib. illis proprijs, quos **leibeygene leutt** appellant, qui etſi ad ſeruorum proprius, quam ad liberorum hominum conditionem accedere videntur: eos tamen à ſeruis, quales olim Iuſtiniani tempore fuerunt, plurimum differre, certiſſimum eſt: quia ſerui nihil quicquam olim habebant proprij, ſed vniuerſa, quæ acquirebant, ſuis Dominis acquirebant §. 4. *Inſt. per quas perſonas nob. acquir.* proprij vero iſti homines res poſſunt habere proprias, propria bona poſſident, proprijs degunt domibus, de familia domini non cenſentur, iudicandi munere, dum idonei ſunt, funguntur, heredes ab inteſtato habere poſſunt & ex teſtamento, in iudicio ſtare, negotiari in rem propriam poſſunt, nihil à domino peculij habent, prædia dominorum in emphyteuſin aliquando habent, contrahere cum dominis exindeque ciuiliter obligari dominis, & dominos ſibi obligare queunt.

Cæterum ſeruiles notas in eo ſuſtinent, quod non niſi cum ſeruis matrimonia contrahere impune poſſunt, etſi extra ſepta, extra curiam, extra ſeruorum contubernia contraxerint mulctæ ſubduntur. A domino fugere, ciuitatum municipijs adſcribi vetantur, ſacerdotum ordini accenſeri non poſſunt, niſi fortaſſis manumiſſi. In argumentum ſeruitutis annua quædam dominis ſuis præſtare coguntur, veluti gallinas, pecuniam, operas, Domini eis, vita defunctis, in portione certa ſuccedunt, vel in dimidiam, vel in tertiam, vel in quartam bonorum partem. Vendi alijs & permutari poſſunt: pretio ſeſe à domini, volentis tamen, iugo redimentes, manumittuntur, ac manumiſſi domino ad nullas amplius operas obligati ſunt. Ad operas viles & ſeruiles tenentur ſed honeſtas tamen, non turpes. Zaſius d. loco.

In Polonia quoque eiuſmodi reperiri homines proprios, quos Komotonas appellant, qui & ipſi ad operas tenentur ſeruiles & acerbiora pati à dominis cogi ſcribit Bodinus. Veruntamen illos per omnia ſeruili conditione haberi, negat Autor noſter.

Quocirca cum hinc inde in orbe Chriſtiano veteris ſeruitutis veſtigia quædam & imagines occurrant, non putarim id quod de ſeruitutibus in iure noſtro ſcriptum eſt, hodie nullum amplius vſum habere,

Digitized by Google

habere, vt infra in *diſput.24.th.11.* huius voluminis prioris pluribus dicetur. Et ſane vt alias nullum haberet vſum cognitio iuris quod de ſeruis in legibus habetur, pertineret tamen ad iuris veteris hiſtoriam, eiuſdemq; cognitionem, ſed vide *d.theſin.11.*

RESOLVTIO THESIS *tertiæ.*

Lit.A. SErui fiunt aut naſcuntur, fiunt iure gentium captiuitate: capti enim in bello iuſto & legitimo, externo, non ciuili & inteſtino capientium in dominium rediguntur eorundemque fiunt ſerui §.4. *Inſtit. de iure perſonarum.* §.17.*Inſtit. de rer. diuiſ.* Hinc ſcilicet nomen habent quod ſerui dicuntur quoniam capti in bello non occiduntur, ſed ſeruantur §. *ſerui Inſtitut. de iure perſonar.* indeque mancipia appellantur ſerui, quia manu ſint capti. *d.* §. *ſerui.* Quæ notatio bona & logica eſt, ſi primam ſpectemus ſeruorum originem, quæ ex bellis deſcendit: poſtquam etiam natiuitate alijſque nonnullis modis ſerui fieri cœperunt, notatio iſthæc ſuo notato ſtrictior effecta eſt.

Quæſ.11 *Quonam iure ſerui tus ſit introducta.* Hinc proinde conſtat de origine ſeruitutis, quod ex iuregentium, non primæuo illo, quod cum humano genere natum fuiſſe dicitur, in §.*ſingulorum. de re. diuiſ.* ſed ex ſecundario, quod naturalis ratio inter omnes homines ſtatuit §. 2. *I. de iure nat. gent. & Civil.* deſcendit.

Ex iure ſane naturæ non fluxiſſe ſeruitutem, multoties inculcat Iuſtinianus & ratio quoq; demonſtrat. Cum enim ex eo iure deſcendat libertas §.1. *Inſt. de iure perſon.* ea vero contraria ſit ſeruituti §. *ſeruitus eod.* fieri non poteſt, vt contraria hæc natura conſtituerit.

Et quanquam Ariſtoteles, ſummus Philoſophus, Natura ſeruitutem introductã eſſe ex eo colligit, quod natura ſint ſerui, qui præ impotentia mentis familiam non regere, nec cum conſilio ſuſtentare poſſunt. 1. *Politic.1.& 3.*

Obſeruandum tamen eſt quod Ariſtoteles illic non hoc velit quod inſipientes ipſo actu à natura ſint ſerui, ſed ſolum quod à natura ad ſeruitutem ſint deſtinati & idonei: perinde vt Plutarchus in Pelopida dicebat: Pelopidam natura eſſe Imperatorem, non quod reuera talis fuerit natus, ſed quod prudentiam regiam à natura habuerit. Hoc autem ICto minime repugnat, qui non de aptitudine ad ſeruitutem, ſed de ſeruitute ipſa loquitur, plura vide in *tractat. 2. quæſtio. 7. libr. 1. variar. reſolution.*

Cum quia explicatione conuenit prope interpretatio Autoris noſtri, qui dicit Ariſtotelis dictum accipiendum eſſe de ea ſeruitute qua recta ratio ab affectibus vincitur: vel comparate intelligendum, ita vt alium hominem ad ſeruitutem, alium ad libertatem magis aptum reddat, ſicut enim Deus homini, animus corpori, ratio libidini imperat: ita ſapientes & cordati ſimplicioribus; vt ita natura ſeruum eſſe, intelligatur politice de ſubiectione.

Porro cum & olim infideles atque Ethnici Imperatores noluerint captos interfici, ſed conſeruari potius, ita vt quam primum hoſtis in poteſtatem victoris redactus fuerit, aut ſeſe illi dederit, occidi non potuerit, cum ſemper crudeliſſimum & contra eam humanitatem, quam homo homini naturaliter debet iudicatum fuerit deditum occidi, prout Alciatus ſcribit ad *L.229. de Verb. ſignificat.* Multo minus decet Chriſtianos, inuicem belligerantes, captos occidere aut crudelius in eos ſæuire: cum dilectio & charitas proximi, quæ omnibus Chriſtianis hominibus communis eſt, talem crudelitatem atque ſæuitiam non admittat Couarruuias in *c. peccatum*

p.2 §.11. num.9 de R.Iur. in ſext. quo pertinet elegans Diui Auguſtini ſententia: *Hoſtem pugnantem neceſſitas perimat, ſicut reſiſtenti violentia redditur, ita victo, vel capto miſericordia debentur capit. 3. cauſ. 23. quæſt.1.*

Quin etiam, ſublata hodie inter Chriſtianos ſeruitute, capti in bello Chriſtianorum quod inuicem gerunt, non ſunt retinendi in ſeruitute, ſed accepto lytro dimittendi: nam ita fieri debere ius etiam diuinum præcipit.

Si paupertate compulſus vendiderit ſe tibi frater tuus non eum opprimas ſeruitute famulorum; ſed quaſi mercenarius & colonus erit vſque ad annum Iubileum operabitur apud te. Et poſtea egredietur cum liberis ſuis & reuertetur ad cognationem & ad poſſeſſionem patruum ſuorum: mei enim ſerui ſunt & ego eduxi eos de terra Ægypti, non veneant conditione ſeruorum: ne affligas eum potentia, ſed metuito Deum tuum. Leuit.25. v 39.

Idem quoque iniungitur Iſraëlitis 24. *Deuter. verſic.7. & 2. paralip. cap.8. verſic. 9.* docetur, fratres in ſeruitute non eſſe detinendos, ſed ex ea dimittendos: atqui omnes Chriſtiani inuicem ſunt fratres in Chriſto. Igitur ſi quis Chriſtianus Chriſtianum in bello quantumuis legitimo cœperit, ipſum ſibi ſeruum retinere & illo pro mancipio vti non debet, ſed ab eo lytro & redemptionis precio ſoluto, liberum à ſe dimittere debet.

Fit præterea ſeruus, qui maior 20. annis ad precium participandum ſeſe venundari patitur. Etſi enim liber homo in commercio non ſit §.2. *Inſtit. de inutil. ſtipulat.* & ob id nec emi poſſit nec vendi, quia tamen is, qui ſe venundari patitur, ſolum ob pretium participandum ſeſe indignum reddit libertatis, rem alias inæſtimabilem, nulloque precio nummario æſtimandam, vili precio æſtimando, idcirco in poenam contemptæ libertatis, tanquam ea indigniſſimus, priuatur.

Requirit autem Iuſtinianus, vt is, qui ſe ita vendit ob precium participandum, ſit maior 20. annis: ſi enim minor ſit 20. annis, cenſetur ex leuitate quadam Iuuenili & iudicij imbecillitate potius, quam ex malitia, libertatem vendidiſſe.

Exigitur præterea vt ſe vendiderit ad precium participandum, quo ſcilicet de ſui precio aliquam partem perciperet & lucrum exinde faceret, ob rationem modo aſſignatam, quod ſcilicet propter contemptum libertatis, tanquam ea indignus, priuari libertate debeat.

Non obſtat huic quod nemo ſit membrorum ſuorum dominus *L.13. ad L.Aquil.* & difficilius amittatur libertas, quam vita *l.fin.C.de patria pot.* nam & hic obſeruandum eſt, libertatem in propoſito non amitti propter voluntatem hominis, ſe illa priuare volentis, ſed ex autoritate legis tam improbatum factum punientis. Quod ſi tamē, ſumma paupertate aliquis coactus, ſeſe alteri vendidit, non eſt ſeruitute duriori premēdus, nec vt ſeruus, ſed vt mercenarius & colonus habendus, vt lex diuina præcipit, *Leuit.25.v.39.* Sane Nouella conſtitutione Leonis Imperatoris non ſolū prohibetur huiuſmodi libertatis venditio, vt opinatur Autor noſter, ſed etiam contractus venditionis iubetur eſſe irritus atque libertas venditori priſtina conſeruatur.

Veruntamen quid autoritatis tribuendum ſit Nouellis Leonis Imperatoris alibi docui in *tract. de Autoritate iuris Ciuilis.*

Quæſt.12. *An parentes vel cōſanguinei ob preciū participādum ſeſe*

Sed an parentes vel conſanguinei ita ſeipſum vendentem, poſſint in libertatem vindicare, vel per officium iudicis repetere, non videtur ſatis eſſe expeditum?

Com-

vendentẽ redimere poſſint?

Communiter hoc negari ait Autor noſter propter *l.7.§.2. ff.de cap.dim.* vbi Paul.ſcribit: *ſi libertate adempta, diminutio capitis ſubſecuta eſt, nulli reſtitutioni aduerſus ſeruum locum eſſe*: atqui in caſu noſtro ſequitur capitis diminutio iſtam venditionem, & quidem talis capitis diminutio, qua libertas adimitur: nulla proinde dabitur reſtitutio aduerſus præfatam venditionem.

Cui accedit & iſta ratio, quod cum is, qui ſe ad precium participandum venundari patitur, in pœnam contemptæ libertatis in ſeruitutem conijciatur, certe aduerſus hanc pœnam, iure publico irrogatam, non poterit in libertatem à cognatis vindicari: cum aduerſus pœnam lege publica irrogatam, nulla detur reſtitutio.

Sed qui in contraria ſunt opinione, mouentur inprimis *l.1.§ 2.ff.de R.diuiſ.* vbi dicitur, liberos noſtros, ab alijs iniuſte detentos, peti poſſe aut præiudicijs, aut interdictis, aut cognitione prætoria, aut etiam adiecta cauſa (*ex iure Romano, ſiue ex iure Quiritum*) vindicari poſſe.

Addunt huic & hanc rationem, quod liberi ſuo facto non potuerint deteriorem conditionem parentum reddere, ac ius, quod in liberos ſibi habent quæſitum, auferre.

Veruntamen prior ſententia & mihi placet, & quid ad huius poſterioris opinionis fundamenta ſit reſpondendum, oſtendi in *tract.2.lib.1.q.8. variar. reſolut.iuris Ciuilis.*

Quin & alijs quibuſdam modis iure Ciuili efficiuntur ſerui, vt ex Scto Claudiano in ſeruitutem redigebatur & libertatem amittebat ea mulier, q̃ ſerui amore capta, conſuetudinẽ cum ipſo habuerat, verum Iuſtiniani conſtitutione hic modus ſeruitutem conſtituendi, ſublatus eſt *tit.1.de ſucceſſionib.ſublatis.*

Quæſ.13 *An ad pœnam capitalẽ damnati fiant [illegible] ſerui?*

Inſuper è liberis hominibus fieri ſeruos, ſi in metallum vel opus metalli, aut ad beſtias damnentur, Autor eſt Iuſtinianus in §.*maxima Inſt. de cap. dim.* Verum in *Nouell.22.c.8.* ipſe aperte ſancit: *neminem ab initio bene natorum ex ſupplicio fieri ſeruũ.* Quod vtrum ita generaliter, vti verba ſonant, accipiendum, atq; ad eos quoque, qui ad vltimum damnati ſunt ſupplicium porrigendum: an vero ad eos ſaltem reſtringendum, qui poſt damnationẽ ſunt ſuperuicturi, controuerſia eſt elegans & difficilis? Etenim poſt Accurſium & Salycetum ac pleroſque è veteribus ſtatuit Gilckenius ad *l.2.C.qui teſtam.fac.poſſ.* Nouellam Iuſtiniani conſtitutionem eſſe generalem atque ad eos quoque, qui ad vltimum & capitale ſupplicium damnati ſunt, porrigendum eſſe. Et recte quidem, mea ſententia.

1. Si enim verba conſtitutionis recte conſiderauerimus, manifeſte deprehendemus, Iuſtinianum ibi cauere in genere, ne quis ex ſupplicio in poſterum fiat ſeruus: verba conſtitutionis Nouellæ hęc ſunt: *quod autem prius ex legum ſeueritate introductũ eſt, nos clementi ceſſione reſoluimus: ſi enim ex decreto iudiciali in metallum aliquis, aut vir, aut mulier dari iuſſus eſſet (quale nunc eſt in proconneſo & in appellata Gypſo) ſeruitus quidem erat & ab antiquis legumlatoribus ſancita & ex ſupplicio illata: ſeparabatur vero matrimonium ſupplicio poſſidente damnatum ſibique ſeruientem: nos autem remittimus & nullum ab initio bene natorum ex ſupplicio permittimus fieri ſeruum: neq; enim mutamus nos formam liberam in ſeruilem ſtatum, qui etiam dudum ſeruientium manumiſſores eſſe feſtinauimus.*

Ex hiſce verbis luculenter ſane conſtat, generalem eſſe Iuſtiniani conſtitutionem atque ex nullo ſupplicio, qualecunque etiam illud fuerit, liberum hominem effici ſeruum 1. Quia Iuſtinianus ***nullum***, ait, bene natorum fieri ex ſupplicio ſeruum: ſi ***nullus*** fit ſeruus ex ſupplicio, certe nec is, qui ad vltimum & capitale ſupplicium damnatus eſt. 2. Addit

præ-

præterea Imperator *ex ſupplicio* generaliter, indefinite & indiſtinctè, nec addit, ex *ſupplicio non capitali*, prout conijciunt diſſentientes. 3. Generalis etiam eſt ratio, quam ſubijcit, quando ait; ***Non ſe mutare formam liberam in ſeruilem ſtatum, vt qui etiam dudum ſeruientium manumiſſor eſſe feſtinarit***, quæ ſane ratio æque in illis, qui ad capitale, quam qui ad non capitale ſupplicium ſunt damnati, pertinet. Si enim ex illis, qui ad vltimum ſupplicium ſunt damnati, ſeruos fieri iuberet, mutaret vtique formam liberam in ſtatum ſeruilem 4. Vt nunc taceam quod in dubio beneficia principum, quam pleniſſime ſint interpretanda, *l. pen. Digeſt de conſt. princ.* Maxime vbi de libertate agitur pro qua & ipſa in dubia & obſcura ſententia ſemper interpretatio fieri debet, *l. 20. L. 140 de regul. Iuris.*

Hinc quoque Irnerius Ictus *authenticã ſed hodie C. de donat. inter vir. & vxor. ex d. Nou. 22. c. 8.* excerptam generaliter concepit: ***ſed hodie nemo bene natus à principio, ex ſupplicio fit ſeruus.***

Et quanquam ſcripto Gentil. in *tractat. de donat. inter vir. & vxor.* verba huius Nouellæ, vtcunque generalia, ad eos, qui in metallum damnati ſunt, atque poſt pœnam ſuperſtites manent, reſtringere conetur, fundamenta tamen noſtra id non admittunt, nec verborum generalitas patitur: nec ratio etiam ſat prægnans ſuadet, generalem Imper. conſtitutionem hoc modo coarctare, vt mox patebit.

Veruntamen quod etiam hodie ad mortem damnati, fiant ſerui, ſtatuit Scipio Gentil. in *d. tract. de donat. int. vir. & vxor. lib. 3. c. 9.* Goedd. *de contrah. ſtipulat. ca. 7. concl 2. nu. 10 & ſeq.*

1. In *l. 8. §. fin. ff. qui teſtam. fac. poſſunt* diſerte ſcribit Gaius, ***ad mortem damnatos libertate priuari: Hi vero***, inquit, ***qui ad ferrum aut ad beſtias, aut in metallum damnantur libertatem perdunt.*** Et idem Gaius, qui vltimo, ait, ſupplicio damnantur, ſtatim & ciuitatem & libertatem perdunt *l. 29. ff. de pœn.* Cui conſenſit & Vlpian. in *l. 6. §. 6. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtamen.* ***Sed & ſi quis***, inquiens, ***fuerit capite damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia pœna, quæ vitam adimit, teſtamentum eius irritum fiet, & non tunc, cum conſumptus eſt: ſed cum ſententiam paſſus eſt: nam pœna ſeruus efficitur.*** Has vero leges vniuerſas ſublatas & correctas dicendum eſſet, ſi ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione, ad mortem naturalem damnati, libertatem retinerent: cum tamen mutatio legum præſumi non debeat, ſed id, quod correctum expreſſe non reperitur, veterum legum conſtitutionumque regulis relictum cenſeatur, *l. præcipimus. 32. in fine. Cod. de appellat.*

2. Huic accedit, quod conſtitutio Iuſtiniani in *d. Nouell. 22. c. 8* non de quouis ſupplicio indiſtinctè, ſed expreſſe atque in ſpecie de *ſupplicio metalli* loquatur, ex quo ne quis in poſterum ſeruus fiat, prohibet.

3. Cui adde, quod ratio, ob quam Iuſtinianus non vult in poſterum damnatos ad metallum fieri ſeruos, & libertatem amittere, ceſſet manifeſte in ijs, qui ad mortem naturalem ſunt damnati: ratio enim hæc eſt, ***ne marito eiuſmodi pœna in ſeruitutem redacto, matrimonium diſſoluatur:*** adeoque fauore matrimonij id omne conſtitutum eſſe apparet: atqui in pœna mortis, qua diſſoluitur matrimonium, ratio hæc penitus deficit, & ſolum in ijs, qui poſt pœnam ſuperuiuunt, obtinet: quocirca & ad ſolos hos conſtitutio reſtringenda erit.

4. Idem denique & hac ratione confirmari putant, quod ex *Nouell. 134. c. vlt.* damnatorum bona publicari prohibeantur, ſi extent liberi, cui conſequens ſit, vt ſi liberi nulli extent, bona publicentur, & quod ij ſuccedant, id legis benefi-

beneficio fiat & nõ vllo ipſorum iure, vel merito.

Veruntamen etſi hæc argumenta non videantur contemnenda; ſed omnino talia, vt iuris etiam peritiſſimum mouere queat, exiſtimo tamen priori ſententiæ nihilominus inhærendum eſſe.

Argumẽta enim, modo adducta, nõ sũt tanti momenti, vt refutari ac diſſolui nequeant: nam quod primo aiunt, ex noſtra opinione multarum legum correctionẽ conſecuturam; Ad id reſpondeo manifeſtum eſſe, Iuſtinianũ in *d. Nou. 22. c. 8.* id omnino egiſſe, quo leges veteres, dãnatos ad ſuppliciũ libertate ſpoliantes, vt nimis rigidas & duras corrigeret: etſi autẽ correctio legũ, nec præſumenda, nec per cõiecturas temere inducenda ſit, admittẽda tamen tũc erit, cum de legumlatoris, anteriores leges corrigere volentes, conſtat voluntate. Hic vero propoſitum Iuſtiniano fuiſſe leges eas, quib⁹ ſupplicio fiebãt è liberis ſerui, emendare, abunde conſtat ex hiſce conſtitutionis verbis: ***Nos autem hoc remittimus & nullum ab initio bene natorũ ex ſupplicio permittimus fieri ſeruum: neque enim mutamus nos formam liberam in ſeruilẽ ſtatum, qui etiam dudum ſeruientium manumiſſores eſſe feſtinauimus.***

Ad ſecundum reſpõdeo, Iuſtinianum quidem in ***Nouella iſta 22.*** de matrimonio, deque cauſis illis, quibus diſſoluitur matrimoniũ, diſſerere, atq; in *d. cap. 8.* in ſpecie de pœna metalli, vtrum ea coniugium diſſoluat tractare; veruntamen occaſione huius generalem ſubiicere ſanctionem, qua de ſupplicio quouis definit, quod eo non amplius, vt olim libertas tollatur, id quod poſtmodum in fine capitis ad pœnã quoque metalli applicat, eaque matrimonium non diſſolui, cum nec libertatem tollat, conſtituit.

Ad tertium reſpondeo. Primo, Negãdo ꝙ fauore ſolius matrimonij Iuſtinian⁹ conſtituat, ne ſupplicio fiat ſeruus, ſed fauore potius libertatis; idque ex conſtitutione ipſa ſatis liquet, ſubiicit enim Imperator; ideo ſe nolle quẽquam ex ſupplicio fieri ſeruum: quia non mutet formam liberam in ſeruilem ſtatum, cum etiam ſeruorũ manumiſſor eſſe dudum feſtinarit. Præterea poſito eo, ꝙ fauore matrimonij nitatur Iuſtiniani conſtitutio, ne ſcilicet damnatione coniugium diſſoluatur; non tamẽ penitus deficiet idem fauor eadẽq; ratio in damnatis ad pœnã mortis naturalis: quia nõ ſtatim poſt damnationẽ ad vltimum ſupplicium pęna irrogatur; ſed executio ſæpe ad longũ tẽpus differtur *l. 29. ff. de pœn.* Interim itaq;, donec executio fiat ex conſtitutione Iuſtiniani, fauore matrimonij, qui ad mortẽ damnati ſunt, libertatem retinebunt, ne ante ſupplicium fiãt ſerui ac conſequenter matrimonium diſſoluatur. Nec, quod probe notandum, de *ſupplicio* ſolũ, ſed de ***damnatione*** quoq; loquitur Iuſtiniani conſtitutio in verb. ***ſi enim ex decreto iudiciali in metallũ aliquis aut vir, aut mulier dari iuſſ⁹ eſſet.*** Quapropter id conſtituere intelligitur, ne ſententia vel ſupplicio aliquis ſeruus fiat; id quod etiã ex *l. 8. §. fin. ff. qui teſtam. fac. & l. 6. §. 6. ff. de pœn.* ſatis relucet.

Ad poſtremum reſp. non ſequi; bona eius publicantur: ergo libertatẽ amittit: deportati enim bona publicantur *l. 2. C de bon. proſcript.* Et tamen libertatem retinet ciuitatem ſolum amittit, vt nunc dicetur. *Lit. D.*

Poſtremo iure ciuili ſerui efficiuntur qui pro immenſo beneficio libertatis in ſuos patronos ingrati exiſtunt; nam in pęnam extremæ iſti⁹ ingratitudinis reuocãtur liberti in ſeruitutẽ & libertate ſua priuantur: proditum hoc eſt quam plurimis in locis iuris noſtri & videri poſsũt *l. 6. verſ. ſiue igitur ff. de integrũ reſtit. l. 21. ff. quod met. cauſa. l. 30. §. quoties. ff. qui & à quib. manum. l. 6. ff. de agnoſc. & alend. l. 12. C. de operis libert. l. 2. C. de libert. & eor. lib. Nou. 78. c. 2 verſ. quum etiam §. 2. Inſt. de cap. dim. l 4. C. de libert & eor. liber.* Qui textus oẽs euidẽtiſſime probant, ꝙ liberti in patronum ingrati, in ſeruitu-

Qu. 14. *An ingrati liberti in ſeruitutem à patronis reuocari poſsint?*

uitutem reuocari queant. His repugnare videtur grauiſſime *l.1 l.7.§. fin. ff. de iure patronat. l.3.§. cum patronus. ff. de offic. præfect. l. 6. ff. de agnoſc. & alend. lib.* è quibus colligẽdum videtur, quod ingrati liberti à patronis in ſeruitutẽ reuocari & libertate priuari nequeant. Sed vtra ſententia vera ſit & quomodo textus adducti conciliari & in concordiam redigi debeant, oſtendi in *d tract. 2 q.10. lib.1. variar. reſolut.*

Lit. E. Iure porro gentium ſerui ſunt qui ex ancillis noſtris naſcuntur. *§.4. Inſtit. de iur. perſonar. & l.5.§.1. ff. de ſtatu hominum.* quod enim ex noſtro naſcitur, id nobis acquiri equitas ſuadet *§. item ea Inſt. de Rerum diuiſ.* Et partus ſequitur, quoad ſtatum, matris conditionem, vt mox dicetur prolixius. Hinc etiam non ſpectatur vnde fuerit ſemen vt definit Vlpianus Ictus in *l.5.§.2. ff. de rei vindicat.*

Quod ipſum quoque iuri diuino conſentaneũ eſſe colligitur ex *Geneſ.17. verſ 12.* vbi iubentur Iſraelitæ circumcidere tam vernaculum, hoc eſt, qui in domo domini natus eſt, quam emptitium.

Effectus domini, quod dominus habet in ſeruis, hic eſt vt ad ſeruitia & operas quaſcũq;, etiã viliſſimas domino ſint obſtricti, vt quicquid ſuis operis vel aliunde acquirunt, id omne acquirant dominis, vt caſtigari & coerceri poſſint, ſed moderate: nimia quippe ſæuitia, vt & ius vitæ ac necis, quod olim competebat dominis in ſeruos, Antonini Imperatoris conſtitutione illis adempta ſunt, vt de hac re teſtatur Iuſtinianus in *§. fin. Inſt. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, vbi eam cõſtitutionem Antonini confirmat.

Quod ipſum quoque iure diuino cõprobatur *Exod 21. verſ. 26.* vbi ſeruus, cuius oculus à domino excuſſus eſt, iubetur pro hoc manumitti.

Quæ autem nimia ſit ſæuitia, cum nuſpiam in iure definitum reperiatur, arbitrio iudicis definiendũ ac determinandũ relinquitur, iuxta *l. 1. ff. de iure liber.* & ita poſt Angelum in *l.1. Col. vlt. verſ. qualiter autem concludit* Menoch *arbitr. iud. q. caſu 138.* Effectus huius ſæuitię eſt, vt dominus cogatur contra iuris communis regulas ſeruum, bonis conditionibus, vendere.

Sæuitiæ in ſubditos effectus eſt priuatio iuriſdictionis & amiſſio feudi, Gail. *1. obſeruat.17.*

Sed num princeps vel dominus alienare poſſit ditionem ſuam, & vna cum ea ſubditos ſuos inuitos, quæſtio ſane eſt ingentis difficultatis, quę non modo à Ictis, ſed politicis etiã, non abſque magna contentione in vtramque partem agitatur. Qu. 15. *An poſſit princeps vel dominus ditionem ſuã vna cum ſubditis alienare, illis non conſentiẽtibus?*

Primo enim quod poſſit prouincia etiam non conſentientibus ſubditis alienari, dicendum videtur.

1. Quia quilibet rei ſuæ moderator eſt & arbiter de re ſui dominij liberrime, etiam abutendo diſponere poteſt *l. in re mãdata 21. C. de mandat.* vnde iniquum dicitur ingenuis hominibus liberam non eſſe rerum ſuarum adminiſtrationẽ *l 2. ff. ſi quis à parente manumiſſ.* Et grauis iniuria eſſe dicitur, ſi quis non poſſit aliquam rem ſuã in extraneos liberè alienare *l. dudum. 14. C. de contrahend. empt.*

Quocirca nõ ſine graui iniuria prohibebitur princeps, aut ditionis, vel prouinciæ alicuius dñs, de ſua ditione atq; prouincia libere diſponere, illamq; cũ ſubditis alienare. Et cum priuat⁹ prohiberi non poſſit ſine iniuria de rebus ſuis libere diſponere; quæ obſecro ratio eſſet, principẽ aut magnatẽ rerum ſuarum libera adminiſtratione priuari. Maxime cũ & iura noſtra doceãt, Principem non debere deterioris conditionis eſſe, quam priuatum *l. 2. C. de priuilegio fiſci. l. 6. in pr. §. vlt. & l. ſi quis 28. ff. de iure fiſci.*

2. Accedit deinceps & hæc ratio quod vaſallus feudum ſuum refutare poſſit, nõ modo ipſi dño, deficiẽtibus agnatis *tit. 9 §. 1. tit. 14. lib. 2. Feud.* ſed inuito etiã domino agnatis: cur igitur principi nõ cõcederetur, inuitis ſubditis, ſuas abalienare ditiones atq; prouincias?

3. Con-

5. Confirmat hanc ſententiam quoq; non parum, quod legimus, regem ſapientiſſimum ac laudatiſſimum Salomonem Hiramo, regi extero, viginti oppida in terra Galileæ dono dediſſe: quę donatio nullibi legitur improbata, aut reuocata fuiſſe. *2. Reg. 9.*

Pro negatiua opinione faciunt argumenta non minus firma atq; perſpicua: nam quod princeps non poſſit prouinciã & principatum ſuum, atque cum eo ſubditos alienare, his euincitur rationibus.

1. Non debet durior eſſe conditio ciuium ſubiectorum, quam olim fuit libertorum: Atqui Romano iure cautum eſt, ne heres ſeruum, cui libertas per fideicõmiſſum relicta eſt, alij poſſit manumittẽdum tradere, vt eius libertus fiat, quã qui à teſtatore rogatus eſt manumittere *l. 24. §. vlt. l. 34. ff. de fideicom. libert.* igitur nec ſubditi poſſunt inuiti in potentiorẽ principem alienari.

2. Subiecti non regum cauſa, ſed ex cõtrario, reges ſubiectorum cauſa reperti ſunt poſſuntque ſubiecti eſſe ſine regibus: Reges ſine illis eſſe nõ poſſunt. Cũ igitur in huiuſmodi alienationibus prouinciarum, etiam homines ingenui contineantur, liberorum autem hominum commercium non ſit, conſentaneum eſt, reges ditiones ſuas, neque in totum, neque in partem ſine ſubiectorum ſuorum conſenſu alienare poſſe *l. 103. de verb. oblig. l. 34. §. 1. de contrahend. empt.*

3. Regula eſt de omnibus adminiſtratoribus, quod illis adminiſtratio quidem ſit permiſſa, ſed non alienatio *l. 28. ff. de pact.* atqui rex, vel princeps adminiſtrator eſt ſui regni vel prouinciæ, igitur cum ipſi adminiſtratio ſit commiſſa, alienatio erit prohibita *arg. l. 1. ff. de offic. procurat. Caſar.* vbi hæc opponũtur, alienare & recte gerere.

4. Rex vel Princeps, tanquam populi ſui tutor, præſcriptam tutoribus regulam ſeruare debet, vt tum deniq; pro domino habeatur cum pupillis prouidet, h. e. cum ſalutem & incolumitatẽ populi tuetur *l. 27. ff. de adminiſtrat. tutor. l. 7. §. ſi tutor. ff. pro emptore.* Nam vt Cicero *offic.* 1. ſcribit, vt tutela, ſic procuratio Reipubl. ad vtilitatem eorum, qui commiſſi ſunt, non ad eorum, quibus commiſſa eſt, gerenda eſt. *Et lib. de Rep. 3. Reſpubl. dicitur,* inquit, *res populi cum bene & iuſte geritur. ſiue ab vno rege ſiue ab optimatibus, ſiue ab vniuerſo populo. Cum vero iniuſtus rex eſt, quem tyrannum voco non iam vitioſa, ſed omnino nulla eſt Reſpublica, quoniam non eſt res populi, cum tyrannus eam factione capeſſat.*

5. Quin etiam feudali iure, ſeniori non licet feudum, alicui conſtitutum, ſine ipſius voluntate in alterum quoquo titulo alienare *1. feud. 22. §. 2. & tit. 27. §. 2. lib 2. Feud.*

6. Denique ſummum ac præcipuum fundamentũ huius opinionis hoc eſſe dicit Hotomannus quod per talem principatus alienationẽ non tantum agri & domicilia, verumetiam incolæ alienãtur, qui etſi in regis ditione, imperio ac poteſtate eſſe dicuntur, tamen multo magis ipſius fide & clientela ſunt Neque tam eius poteſtati permiſſi, quam fidei & beneuolentiæ commiſſi ſunt. Itaque & liberorum & nobilium nomen iuſque retinent. Nõ enim omnes qui ſub regum imperio ſunt, continuo ſerui habendi ſunt: aliud eſt enim regem & aliud tyrannum eſſe, vt *Ariſtotel. politic. 3.* demonſtrat: Rex, inquit, volentibus & conſentientibus imperat, tantum vt eos regat: tyrannus vero inuitus dominatur, tantum vt eos pro pecudibus, nedum pro ſeruis & mancipiis habeat.

7. His accedit quod princeps dicitur quaſi pater Reipubl. Romanæ, *Nou. 98. c. vlt. in fine.* Pater autem licet re filij propria vtifrui poſſit, ſi aduentitia ſit: attamen alienare eam non poteſt *l. 1. C. de bonis maternis.* proindeque nec princeps alienare poteſt ſuum principatum.

8. Inſuper principẽ marito cõparãt Lucas

cas de penna ad *l. 3. C. de omni agro deſerto.* Ign. *ad l. Neceſſarios.5.§.2. part. 4. n.38. ff. de S.. Syllan.* Vt ergo maritus res vxoris alienare nequit *§.1.Inſt.quib.alien.licet.l. vnic.§. Cum lex C.de Rei vxor. act.*

9. Officio principis contrarium eſſe Imperij res diſtrahere, ſiue alienare, arguit textus in *c. Intellecto. 34.extr.de iureiurando*, vbi Rex Hungariæ iurare cogitur, quod de bonis atque prouinciis Imperij nihil velit alienare. Sed idem demonſtrat, & iuramentum, quod Cæſar recens electus ſeptemviris cogitur præſtare, ne facultates Imperij diſtrahat, neq; oppignoret, nec quouis alio modo deteriores faciat, referente Sleidano *lib.1.*

10. Huc denique facere videtur quod pater, cuius inſtar princeps obtinet, liberos ſuos inuitos emancipare, vel alios in adoptionẽ dare nequit *Nouell. 89. c.11. l.5.in fine C.de emancipat.lib.* Quodque Princeps Comes Baro, quãdo primũ ſui principat⁹ adminiſtrationem vt ſucceſſor ſuſcipit & adit, fide data promittit viciſſim ſubditis, ſe illorũ & totius Principatus, Comitat⁹, Baroniæ libertatem ac iura ſarta tecta cõſeruaturũ. Et huic negatiuæ ſententiæ patrocinantur Franciſc. Hotomãnus Illuſtr. *q.1.* Henricus Bocerus in *tractat.de Regalib. c.4.n.21 & ſeqq.* Ferdin. Vaſq. *c.3.n.8.& c.4. n.4. & ſeq. Illuſtr. queſt.* Bruckman *de Regalib.c.4.memb.2. effect.6 n.11.*

Ego in hac interpretum diſſenſione exiſtimo priori ſententiæ affirmatiuæ eſſe ſubſcribendum.

Nam cum principatus, quem princeps vel ſucceſſione legitima, vel bello iuſto atq; legitimo acquiſiuit, dominus ſit prouinciarum ſui principatus, firmiſſime exinde infertur & cõcluditur, quod eas quoque prouincias princeps alienare ac diſtrahere poſſit *arg. l 21. ff. de mandat. §. per traditionem Inſt. de rer. diuiſ.*

Quo etiam vel inprimis facit donatio Salomonis, cuius ſupra fuit mentio facta; Et quanquam Franciſc. Hotomãnus opinetur Regẽ Salomonem prædicta 20. oppida Regi Hiramo non donaſſe, ſed dediſſe ſolum, iure vtendi, fruẽdi, vt ex illis Rex annuos duntaxat prouẽtus acciperet, donec precia rerum, quas ad templi & dom⁹ regię ędificationem Rex ille ſubminiſtrauit Salomoni, compenſarentur: verba tamen illius loci hanc interpretationem minime admittunt. Nec pro iſta interpretatione facit text. in *c. 8. lib.2. de Paralipom.* qui non arguit, quod eadẽ illa oppida Rex Hiram reddiderit Salomoni, ſed ꝗ poſtmodũ Rex Hiram viciſſim regi Salomoni quaſdã dederit ciuitates, ita vt duo iſti reges permutationem quandam ciuitatũ fecerint. Henric. Bocer. *d. loco.*

Nec magni videntur eſſe momẽti, quę pro negatiua ſunt adducta: nam ad primum, ſecundum & ſextum reſpondetur, primo multa quæ per ſe ac principaliter alienari non poſſunt, ea alienari queunt in conſequentiam: ita enim Paulus Ictus ſcribit: *Quædam quæ non poſſunt ſola alienari per vniuerſitatem tranſeunt, vt fundus dotalis ad heredem, & res cuius aliquis commercium non habet. Nam etſi ei legari non poſſit, tamen heres inſtitutus dominus eius efficitur l.62. ff de acquir. dom.* Proinde etſi liber homo, tanquã res cõmercio hominũ exempta, alienari nõ poſſit, directò ac principaliter, cũ prouincia tamẽ aliqua & principatu vtiliter alienari poſſet. Deinde falsũ eſt ꝗ homines liberi hoc caſu alienẽtur & ſeruituti ſubiiciãtur: cũ plus iuris princeps, ſuum principatum alienãs, in aliũ nõ trãsferat, quã ipſe habet: qa igitur cõditione, quove iure alienãti ſubiecti fuerũt, eadẽ quoque cõditione eodẽq; iure etiã nouo domino ſubditi erunt: vt per eiuſmodi alienationem nulla penitus inducatur ſeruitus.

Ad tertium argumentũ à iure adminiſtratorum deductũ, vt & ad quartum ex iure tutorum petitum, itemq; ad ſeptimũ ex iure patris deſumptum, & deniq, ad octauam ex iure mariti deriuatum, reſpondeo, Principem reſpectu ſuorũ ſubditorum

rum non ſimpliciter & in omnibus comparari poſſe adminiſtratori, Tutori, Marito & Patri, ſed aliquanto plus iuris habere in principatus ſui prouincias, ciuitates & pagos, quam adminiſtrator nudus in bona ſuæ adminiſtrationi commiſſis, vel tutor in res pupillares, maritus in res dotales, pater in aduentitia bona filiorum: ſiquidem principatus ſui verus eſt dominus ac iure proprietatis eum poſſidet, nec nudam duntaxat adminiſtrationem habet, vt tutores, curatores, aliique rerum alienarum adminiſtratores, nec vſumfructum duntaxat obtinet, quemadmodum maritus in bonis dotalibus, pater in rebus filiorum aduentitiis. Elench⁹ proinde comparatorũ cõmittitur: quod ſi tamen iure feudi ſuum habet principatum, alienare eum non poteſt, niſi conſenſu ſenioris, iuxta conſtitutiones Friderici & Lotharij in *tit 52.& 55.lib 2.Feud.* Conſenſus vero ſubditorum plane non requiritur. Ex quo ſane pro noſtra ſentẽtia validiſſimum ducitur argumentum: nam ſi is, qui non proprietatis, ſed feudi duntaxat iure poteſt principatum ſuum, Comitatum aut Ducatum, vel Baroniam vendere abſque ſuorum ſubditorum cõſenſu, modo conſenſum habeat ſenioris & proximorum agnatorum, cur nõ multo magis id liceret illi, qui proprietatis iure prouinciam obtinet.

Ad quintũ, quod nemini liceat feudũ, alij conſtitutum, ſine ipſius voluntate in alium quoque titulo alienare; reſpondeo, verum id quidem eſſe, ſed ad propoſitum non pertinere, quia feudum alicui legitime conſtitutum, ſine cauſa auferri ideo non poteſt, quia ius naturale prohibet, id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri, *l. 11. de Reg. iur.* Hoc vero non accidit in propoſito: nam principatum, Comitatũ vel Baroniam ſuam alienando non transfert ad alium res, quæ ſit alterius alicuius, ſed rem propriam ſuique dominij: nec plus nec minus iuris, quam ipſe habuit.

Ad nonum reſpondetur, diſtinguendum eſſe an iure ſucceſſionis vel belli, an vero iure electionis regnum vel principatũ quiſpiam obtinuerit: Si enim iure electionis, verius puto alienationem principatus vel regni non eſſe concedendam, ſecus vero, ſi iure ſucceſſionis ad regnum peruenerit, vel armata manu & iure belli ſibi acquiſiuerit. Et num Imperator Romanus habeat facultatem bona Imperij eiuſdemque prouincias alienandi & trãsferendi ab Imperio, eleganter tractat Bocerus in loco ſupra citato. Quin etiam in argumento propoſito nulla eſt cõſequẽtia, cum à particulari ad vniuerſale concludat.

Ad decimum reſpondeo & ibi committi elenchum cõparationis: quia princeps vna cum prouincia ſubditos alienãs, illorum conditionem & ſtatum non mutat, ſed eadẽ plane cõditione alij eos ſubiicit, qua ipſe illos habuit: Atqui pater filios emancipando, in adoptionem dãdo, conditionem illorum ſane mutat. Deinde & hic diſtinguẽdum eſt inter ea, quæ fiũt principaliter & quæ in conſequentiã: etſi enim argumentum propoſitum concluderet quod princeps ſubditos ſuos inuitos non poſſit per ſe atque ſcorſim vẽdere & in alium alienando transferre, non tamen probaret, quod eos non poſſet vna cum ciuitatibus, pagis, & prouinciis alienare *arg.d.l.quedam 62.de acquir.domin.*

Quæritur porro vtrum pro elocanda filia princeps poſſit ſubditis ſuis collectã imponere? Qu. 16. *An pro elocanda filia princeps poſſit ſubditis ſuis collectam imponere?*

Pro negatiua opinione hæc videntur militare argumenta. Primo quod in *l. 3. C. de ſtat. & imaginibus*, prohibeatur diſerte collationem fieri ad ſtatuam principi erigendam: in noſtræ ſerenitatis imaginibus ac ſtatuis erigẽdis priuatæ collationis iniuriam propulſari præcipimus, ne quid in eis ſuum collator cognoſcat. Et in *l fin. C.eod. tit.* propriis Imperatoris expẽſis iubẽtur ſtatuæ erigi. Proinde idem quoque

dicendum hoc noſtro caſu, quod elocatio filiæ principis fieri debeat propriis ipſius principis expẽſis, quodq́, in ea collationis priuatæ iniuria propulſari debeat.

2. In *tot tit. C. ne ruſticani ad vllum*. Cauetur à Diuis Imperatorib. ne ruſticanis & ſubditis noua imponãtur obſequia & ſeruitia: Atqui collectatio talis videtur non exiguum eſſe obſequium & ſeruitium.

3. Accedit quod domini poſſeſſionũ colonis ſuis nullam inferre nouationem poſſunt, ſed ad ſolitas tantum præſtationes eos cogere queunt. *l. Domini. 5. l. 23. §. 1. verſic. Caueant quoque C. de Agric. & cenſit.*

4. Inſuper nemo alium ad quid præſtandum cogere poteſt, niſi ipſum ſibi obligatum habeat *l. 3. pr. ff. de obligat. & act. §. 1. Inſtit. de obligat.* Atqui in toto iure noſtro nuſpiam legitur, quod ſubditi ſuo principi, vel alij alicui magiſtratui ad collectas ex contractu vel quaſi contractu, ex delicto, vel quaſi delicto (quæ cauſæ obligationis eſſe dicuntur) ſint obligati; proinde princeps vel alius magiſtratus collectas nouas ad filiæ elocationem exigere non poterit.

5. Pro eadẽ opinione facit quoq; *l. placet. 8. C. de excuſat. muner.* in qua Impp. Cõſtantinus & Iulianus prohibent extra ordinem, ſine Imperatoris & præfecti prætorio autoritate prouincialibus, etiam vrgente neceſſitatis cauſa, quicquam indicere vel imponere.

6. Expediti præterea iuris eſt, quod ſeruitutem nemo poſſit alterius prædio imponere, niſi ex domini illius prædij libera voluntate vel præſcriptione, vel ipſo iure: atqui omnis collecta, quæ indictio vel ſuperindictio eſt, ius & onus eſt reale, vt quod poſſeſſionibus imponitur, adeoque eſt inſtar ſeruitutis prædio alieno impoſitæ: Igitur huiuſmodi collectam ad filiam elocandam magiſtratus ſuis ſubditis imponere non poteſt.

7. Vectigal nouum nullus principũ, ſine aſſenſu ac permiſſu ſpeciali Imperatoris, conſtituere poteſt *l. 1. 2. 3. C. Vectig. noua. & l. 10. pr. ff. de publican. & vectigal.* Atqui vectigalium largiori appellatione veniunt etiam collectæ. Proinde, ſine Imperatoris conſenſu & autoritate, collecta ſubditis à nullo principe vel magiſtratu imponi poteſt.

8. Poſtremo maximopere hanc ſententiam confirmat *l. vnic. C. de ſuperindict.* vbi ſancitur, extraordinariam collationẽ, ne quidem ob publicam totius Imperij neceſſitatem præfectum prætorio imperiiq; ſeptemviros atque Imperatoris ſpeciali præcepto indicere poſſe.

Cæterũ pro contraria affirmatiua opinione, ꝙ ſcilicet huiuſmodi collecta extraordinaria ad filiæ elocationẽ iure poſſit exigi, verior eſt atque his argumentis confirmatur.

In *l. Turres. 18 C de operibus publi. is.* Impp. Theodoſius & Honorius ita reſcribunt: *Diſpoſitum legimus vt Turres, noui muri ipſeq́; murus ad munitionẽ vrbis in priuatorum terris extructus vſui quidem & vtilitati priuatorũ illorum ſeruiant, verum ſumptu quoq; eorundem inſtauratio turrium & muri illius procuretur.* Addita hac ratione ꝙ & ſplẽdor operis & ciuitatis munitio cum priuatorũ vſu atq; vtilitate ita ſeruabitur. Vnde colligitur ꝙ ad id quod vtilitatem cõcernit publicam ſubditi contribuere cogantur. Atqui filias principis dotari & elocari ad vtilitatẽ publicam & imperij decorum pertinet.

2. Atq; huc ſpectat vel maxime textus in *cap. Cum Apoſtolus. §. prohibemus. extra, de cenſib.* vbi, licet Prælati Eccleſiarũ ꝓhibeãtur ſubditos ſuos talliis & exactionib⁹ grauare: attamẽ ex iuſta cauſa moderatũ auxiliũ ab illis exigẽdi poteſtas eis permittitur.

3. Confirmat inſuper aientem hãc ſententiã *Nou. 17. c. 4. verſ. ſed etiam.* vbi Imperator Iuſtinianus ſanxit, vt Præſidib⁹ prouinciarũ procurantibus, patres, id eſt, Senatores, & Decuriones, ſiue magiſtratib⁹ ciuitatũ ex ciuilib⁹ pecuniis, cum neceſſitas id exegerit, neceſſaria comparẽt, opera pu-

ra publica, poſtas & muros inſtruāt ac reparent: ſi itaq; elocāda ſit filia magiſtrat⁹ & pro dignitatis cõditione & familię ſplēdore dotanda, videtur ad hoc ciuiū & ſubditorum contributionē non iniuſte exigi, exigente ita neceſſitate.

Eiuſdē ſentētiæ eſt quoque cõſtitutio Impp. Arcadij & Honorij in *l.12.C de oper. public.* vbi cõſtituunt, vt Rectores prouinciarum ad reficiēdos veteres muros & extruēdos nouos collationē, ſiue contributionē ſubditorū omniū pro ſingulorū viribus fieri curent. Et quod ibi de neceſſaria murorum refectione & extructione dicitur illud etiam de neceſſaria itinerum, ſtratorum pontiumq; inſtructione exaudiendum eſſe probat *l.7.C.de SS. Eccleſ.*

Cū igitur & filiæ principis elocatio, vt dictū eſt, ſit neceſſaria & Reip. vtilitas ſuadeat, & neceſſitas exigat mature elocari filias principis, idcirco ad hoc collecta exigi poteſt à ſubditis.

5. Et hāc deniq; ſententiā vſus cõmunis totius Germaniæ cõprobat, eandēq; in praxi obſeruari teſtatur poſt Reſta. Caſtald. *in tract. de Impp. q.57. n 12.* Mynſing. 5. *obſeru.21.* Weſenbec. *conſil.45.n.10 p 1.* Borcholt. *in Explicat. tit. quæ ſint regalia nu.53. & ſequent.* Henric. Bocerus *de regalib. c.3.n.218.*

Ad primum prioris opinionis argumētum ex *l.3. & 4.C.de Stat. & imagin.* reſpōdetur, quod Imperator ſtatuam non vult ſibi collecta ſubditorum, ſed propriis ſuis expēſis erigi, id ſingularem habere rationem, quæ etiam in *d. l.3.* aſſignatur, ne videlicet in Statua, ad honorem & memoriam Principis erecta, aliquid ſuū ac proprium collator agnoſcat.

Ad ſecundum & tertium reſpondetur, ruſticanos itemq; ſubditos non poſſe cogi ad noua præſtanda ſeruitia, quæ ſcilicet in poſterum quoq; ordinarie præſtare cõpellantur, verum ex cauſa ſingulari, vrgēte ſcilicet neceſſitate, vel ſuadente vtilitate publica, exigi poſſe collectas & contributiones extraordinarias.

Ad quartum reſpondet Bocerus, iſtam obligationem qua ſubditi collectā in caſu neceſſitatis pręſtare tenētur, ipſo iure eſſe conſtitutam Arcadij & Honorij aliorūq; Imperatorum conſtitutionibus, quæ ſupra adductæ fuerunt: & quod non omnis obligatio ſit ex contracto vel delicto, ſed aliqua quoque ipſo iure ſeu lege cõſtituatur, expreſſe docet Modeſtinus in *l. 52. ff. de obligat. & act.*

Ad quintum ex *l placet. 8. C. de excuſat. mun.* reſpondetur, in ea *l 8.* caueri, ne quid præſides prouinciarum extra ordinē prouincialibus indicant vltra id, quod Cæſarea clementia ab aliis inferendum decreuerit: Atqui in *d.l.12.C.de operib public.* Cæſarea maieſtas ob publicam neceſſitatem & vtilitatē permittit præſidibus prouinciarum à ſubditis exigere collectas: igitur in iſta *l. 8.* ius collectandi non ſimpliciter magiſtratibus aufertur.

Ad ſextum reſpondetur collectationis iſtius extraordinariæ fundamentū & cauſam conſtituentem conſiſtere in poteſtate iuris, eam, iuſta ex cauſa, indulgentis, autoritate imperatoria, vt ſupra oſtenſum fuit.

Ad ſeptimum bene reſpondet Bocer⁹, diuerſam eſſe rationem vectigalium & indictionis extraordinarię collectę, quia vectigalia ſint oneri non tantū ſubditis prouinciæ, vel ciuitatis illius, cuius magiſtratui ius vectigaliū conceditur, ſed & aliis omnibus Romanis ciuibus, vt proinde hic autoritate Cæſarea opus ſit omnino.

Ad octauum & vltimum reſpōdeo argumentum ex *d.l vnic.* petitum procedere in collatione extraordinaria, quæ toti imperio Romano indicitur: At quæſtio noſtra eſt de collectis, quæ certæ cuiuſdam vel prouinciæ, vel ciuitatis ſubditis, ob quandam publicam neceſſitatem, imponi debeant.

In ſeruorum conditione nullā eſſe differentiā, ait Iuſtinianus in § *fin. Inſt. de iure perſonar.* ꝙ quomodo intelligēdū ſit, non im- *Lit. G.*

immerito dubitatur: nam fuiſſe olim differentias ſeruorũ, hinc inde legitur in iure noſtro: nam in *§. ſi quis ancillas 17. Inſt. de legat.* alius dicitur eſſe ſeruus ordinarius & alius vicarius. Et in *§. 7. Inſt. de iniur.* ſeruus alius dicitur eſſe actor, alius medij actus homo, & alius viliſſimus & compeditus. Idemque preterea arguunt textus ab Autore allegati.

Quos ipſe cum *d. §. vlt.* ſic cõciliat, vt inter ſeruos nulla ſit differentia, quoad hoc, vt nihil interſit, an quis natus ſit ſeruus an vero talis poſtea effectus; cũ in liberis plurimũ interſit, an quis natus ſit an vero factus liber. Deinde vt hoc procedat & verũ ſit quoad ſtatum, cum vnus nõ magis ſit liber quam alter: reſpectu vero accidentium, officiorum nempe aliarumq; qualitatum magna ſit differentia, & ita Iulius Pacius *1. cent. q. 22.*

Poſtremo plurimum ab inuicẽ differre ſeruos & homines liberos bona fide nobis ſeruientes, certiſſimũ eſt. Primo enim ſerui quicquid acquirũt, id omne acquirũt ſuis dominis: liber vero homo ei, cui bona fide ſeruit hoc tantum acquirit, ꝙ ex operis ſuis vel ex re illius, cui ſeruit, acquirit. *§. 4. Inſt. per quas perſonas nobis acquir.* ꝙ autẽ aliunde vel proſpera fortuna, vel liberalitate alteri⁹ ipſi obuenit, hoc ſibi retinet *d. §. 4.* Hinc cũ ſeru⁹ nihil ꝓprij habere poſſit, ipſe aliquid propriũ poſſit habere. Seruus communionẽ iuris ciuilis non habet, ſed eius reſpectu pro mortuo habetur *l. quod attinet. ff. de R. iur.* At liber homo, quãvis bona fide ſeruiat, particeps eſt iuris ciuilis: vnde etiã iuſtũ matrimoniũ cõtrahere, teſtamẽtũ cõdere aliaq; omnia facere, quę ciuib⁹ Romanis iure Romano conceduntur, à quib⁹ procul arcẽtur ſerui. Hinc & ſucceſſores non ex teſtamento dũtaxat, ſed ab inteſtato quoq, habere poſſunt. Et licet ſerui nullã iniuriam patiãtur, nec etiã iniuriarũ agere poſſint. *§. ſerui. 3. Inſt. de iniur.* homini tamẽ libero, bona fide ſeruiẽti, iniuria fieri & de ea iniuriarũ actione experiri poteſt. Dñs ex delicto ſerui actione noxali cõueniri poteſt: *tot. tit. Dig. & l. de noxal. act.* At Dñs ex maleficio eius, qui bona fide ipſi ſeruit, conueniri nõ poteſt, niſi delinquat circa officium ipſi commiſſum, Gail. *d. obſ. 21. lib. 2.*

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

SEruitus, quibus modis cõſtituatur, dictũ eſt theſi præcedenti, nũc quomodo conſtituta rurſus tollatur, quæritur? Et vnici duntaxat modi, ſeruitutẽ tollendi, meminit Iuſtinianus *pr. Inſt. de libertin.* vbi ait, manumiſſũ liberari poteſtate domini. Idemq; in *l. 4. de iuſt. & iur. l. 6. & 22. de ſtatu homin.* aſſeritur. Manumiſſionem definit ibidem quod ſit de manudatio *d. ll.* *Lit. A.*

Per manum, ipſo Iuſtiniano interprete intelligitur poteſtas *d. pr. de libertinis.* Manumiſſi autem dicuntur libertini *tot. tit. Inſt. de libertin.*

Erat autem libertinorum triplex conditio: quidam enim erant ciues Romani, qui iuſtam h. e. plenã libertatẽ conſequebantur: quidam dicebantur Latini; & quidam Dedititij. Latini, etſi & ipſi liberi eſſent, non tamẽ plenam cõſequebantur libertatem: nec enim connubij, nec patriæ poteſtatis, nec tutelæ recipiẽdę ius habuerunt, nec poteſtas ipſis erat faciendi teſtamentum, nec deniq; ab inteſtato heredẽ habere poterãt, ſed viuebant vt liberi; moriebantur vt ſerui, atq; poſt mortem eorũ bona ad patronos quaſi ſeruorum peculia ad dominos redibant *l. 1. C. de Latina libert. toll. §. 4. Inſt. de ſucceſſ. libertin.* *Lit. B.*

Dedititij infimum libertatis gradũ obtinebant *l. 1. C. de dedit. libert.* illorumq; peſſima erat conditio *§. fin. Inſtitut. de libertin.* *Dedititiorum*, inquit Vlpianus, *numero ſunt, qui pœnæ cauſa vincti ſunt à domino quibus veſtigia ſcripta fuerunt, qui propter noxam torti, nocenteſque inuenti ſunt; quiue traditi ſunt vt ferro aut cum beſtijs depugnarent, aut*

aut in cuſtodiam coniecti fuerunt, deinde quoquo modo manumiſſi ſunt. Et Caius *libr.* 1. *cap.*1.

Dedititij ſunt, qui poſt admiſſa crimina, ſupplicijs ſubditi & publice pro criminibus cæſi ſunt, aut in quorum facie, vel corpore quæcunque indicia aut igne, aut ferro impreſſa ſunt, vt deleri non poſſint.

Deteriore autem conditione hos fuiſſe quam Latinos, ijdem auctores tradunt: primum enim Latini modis aliquot ciuitatem adipiſci poterant, quos Vlpianus *tit. Regul.* 1. enumerat. Dedititij vero nullo modo: Latini commercium habebant, Dedititij non habebant: Latini quæ acquirebant ſibi retinebant, quandiu ſuperſtites erant: Dedititij vero omnia patronis acquirebant, teſte Vlpiano *tit.* 10. *Regul.* adeoque nomine tantum & vmbra libertatis fruebantur *l.* 1. *C. de dedit. libert. toll.*

Cæterum hanc differentiam ſuſtulit Iuſtinianus Imperator duabus conſtitutionibus, vna *de Deditìtia libertate toll.* altera *de Latina libert. toll.* atque conſtituit, vt omnium libertinorum vna eſſet eademque conditio & omnes plenam conſequērentur libertatem, fierentque ciues Romani §. *fin. Inſtitut. de libertinis.*

Refert autem hic Autor noſter quod cum antiquis libertis dedititijs affinitatem habeant Iure Saxonico ruſtici illi, qui vocantur **Laſſen** quaſi relicti in prouincia *lib. 2. articu.* 59. **Landt: echt** *& libr.* 3. *artic.* 44. *ibid.* quia in prouincia deuicta terræ colendæ relicti ſunt, ne prouincia in ſolitudinem redacta ipſis victoribus eſſet infructuoſa, & inculta relinqueretur. De reliquis, quæ hic prolixe ſubijcit de operis Ruſticorum, infra plenius tractabitur.

Lit. C. Hodie, ait Autor, ex Iuſtiniani conſtitutione manumiſſionem non amplius facere libertinos, ſed ingenuos. Quod nouiſſimis conſtitutionibus effectum eſt. Sane ipſemet Iuſtinianus clare atque perſpicue profitetur in §. *fin. Inſtit. de libertin.* manumiſſos, etſi iuſtam plenam & eandem plane libertatem conſequantur, quam habet ipſe manumiſſor, hanc tamen differentiam adhuc inter manumittentem & manumiſſorem relinqui, quod ille ſit ingenuus: hic vero libertinus.

Cæterum in Nouella Conſtitutione 78. *c. fin.* omnes, qui à manumiſſoribus libertatem conſecuti fuerint, ingenuitate donat his verbis: *reſtituimus enim naturæ ingenuitate dignos, non per ſingulos de cætero, ſed omnes deinceps qui libertatem à dominis meruerint, vt hanc magnam quandam & generalem largitatem noſtris ſubiectis adijciamus.*

Iura itaque ingenuitatis omnes hodie conſequuntur libertini, quamuis ingenui non ſint, cum illi ingenui dicantur, qui ſtatim, quam primum nati ſunt, liberi ſunt.

Sed hoc rurſus ſic accipiendum, vt ingenuitatem conſequantur manumiſſi, ſaluo iure patronorum, quibus & honor, & reuerentia & operæ debentur; quanquam hæc patronus in manumiſſione libertis remittere potuerit.

Verum quæ hactenus dicta ſunt, Iuſtiniani Imperatoris conſtitutione demum effectum eſſe, vt omnes liberti eſſent ciues Romani, ac plenam libertatem conſequerentur, illis grauiſſime aduerſari videtur *l.* 17. *ff. de ſtatu homin.* vbi Vlpianus id ante Iuſtinianum D. Antonini Imperatoris conſtitutione effectum eſſe ſcribit: in orbe, inquiens, Romano qui ſunt, ex conſtitutione Imp. Antonini ciues Romani effecti ſunt.

Donellus 2. *Comment.* 16. putat Vlpianum velle, eos, qui ſub Imperio Romano fere fuerunt conditione liberi, neque tamen conditione gentis fuerint ci-

ues Romani, omnes illos conſtitutione D. Antonini ciues Romanos effectos eſſe; adeoque conſtitutionem D. Antonini non pertinuiſſe ad libertinos, vt qui fere & omni ex parte liberi non fuerint, ſed ad ſolos ingenuos, ita vt omnes ingenui qui in orbe Romano ſunt, ſiue Romæ nati eſſent, ſiue non, ciues Romani dicerentur. Et ita quoque Iacobus Cuiacius 4. *obſ.5.* & Anton. Fab. ad *dict. l 17. in Ration. hanc legem 17.* interpretantur.

Lit. D. Nihil porro intereſt quando & vbi fiat manumiſſio, adeo vt & in tranſitu magiſtratus manumittantur ſerui, veluti cum prætor, aut præſes, aut Proconſul in balneum vel in theatrum eunt, & ratio eſt, quod manumiſſio ſit voluntariæ Iuriſdictionis, hoc eſt, eius quæ in volentes exerceatur, hæc quippe vbiuis locorum exerceri poteſt, vt in ſequentibus dicetur. Modi etiam manumiſſionis varij ſunt quorum præcipuos recenſet Imperator in *§. Multis 1. Inſtit. de libertinis.* Et olim quidem plurimum intererat quomodo aliquis manumitteretur, quandoquidem qui vel cenſu, vel vindicta, vel teſtamento manumittebantur, ciues Romani efficiebantur: qui vero per epiſtolam, aut inter amicos, aut conuiuij adhibitione manumittebantur non ciues Romani, ſed Latini efficiebantur. Qua tamen Latinorum & Dedititiorum differentia ſublata, parum refert, quomodo celebretur manumiſſio.

Lit. E. Cæterum manumiſſionum quædam fiebat priuatim, quædam coram magiſtratu, veluti prætore, ſiue præfecto, quæ fiebat coram magiſtratu eiuſdemque autoritate, illa dicebatur fieri per vindictam; Sed vtrum hæc manumiſſio etiam fieri potuerit apud legatum Proconſulis, valde controuerſum eſt? Affirmat Autor noſter: pro quo facit textus in *L. 17. ff. de manumiſſ. Vindict.* vbi Paulus ita ſcribit: apud legatum Proconſulis, poſtquam vrbem eſt egreſſus, vindicta manumittere poſſumus, ſed & apud legatum eius manumittere poſſumus.

Queſtio

2. Accedit huic quod quæcunque iuriſdictionis ſunt, ea mandari poſſint *L. 1. princ. ff. de offic. eius, cui mandat. eſt iuriſdict.* manumiſſio autem eſt Iuriſdictionis & quidem voluntariæ *L. 2. ff. de offic. proconſul.* quocirca poteſt legato proconſulis mandari.

3. Denique cum poſſit legato Proconſulis legari Iuriſdictio contentioſa *l. 12. de offic. proconſ.* multo magis poterit ei legari Iuriſdictio voluntaria ad quam manumiſſio ſpectat.

Veruntamen huic ſententiæ repugnat *l. 2 ff. de offic. Proconſul.* in qua Martianus expreſſe ſcribit: apud legatum proconſulis neminem manumittere poſſe, quia non habeat Iuriſdictionem talem: addunt inſuper pro huius aſſertionis confirmatione alia etiam argumenta, primo intuitu valde ſpecioſa; ſed mihi prior illa Autoris noſtri ſententia arridet; quæ minime euertitur per ea, quæ in contrarium à Cuiacio & alijs diſſentientibus proferuntur, quibus ſatisfeci in *tractat. 2. libr. 1. quæſt. 11. Variar. iuris Ciuilis Reſolutione.* Vbi vide.

Non ſolum autem manumiſſione fiunt liberi, ſed quandoque etiam propter libertatis fauorem ipſo iure liberi exiſtunt, quod accidit, quando heres iuſſus manumittere ancillam, in ea manumittenda moram facit: nam tunc qui ex ea etiam ante manumiſſionem naſcuntur, liberi & ingenui ſunt; ne videlicet mora hæredis libertas impediatur & non ſolum ancillæ, ſed partui quoque ipſius mora hæredis noceat. Hoc proditum eſt in *L. 1. §. 1. ff. de ſuis & legitim. heredibus.* in qua Vlpianus: *quæri poterit, ſi ex ea quæ in fideicommiſſa* Lit. F.

liber-

libertate moram paſſa eſt, conceptus & natus ſit, an ſuus patri exiſtat, & cum placeat eum ingenuum naſci, vt eſt à Diuis Marco & Vero & Imperatore noſtro Antonino Auguſto reſcriptum, cur non in totum pro manumiſſa hac habeatur, vt vxor ducta ſuum pariat? Nec mirum ſit ex ſerua ingenuum naſci, cum & ex captiua reſcriptum ſit ingenuum naſci.

Quare auſim dicere etſi pater huius pueri eiuſdem ſortis fuerit, cuius mater moram paſſa in libertate fideicommiſſa ipſeque moram paſſus eſt, ſuum eum patri naſci exemplo captiuorum parentium, cum quibus redijt. Ergo ſiue poſtea pater eius poſt moram manumittatur, recipiet eum in poteſtate, ſiue ante deceſſerit, definiendum erit, ſuum exiſtere.

Idemque aſſerit Imperator Alexander in *l. 4. C. de fideicommiſſ. libertat.* ſi voluntate domini in libertate eſt morata, cui fideicommiſſaria libertas relicta fuit, ſecundum Sctum & Conſtitutiones ad id pertinentes, ciuis Romana facta ingenuos peperit. Sed ſi nunquam ab ea libertas petita eſt, ſibimet imputare debet, cur interea progeniti ex ea ſerui ſunt.

Idem fauor libertatis, qui longe maximus eſt §. *fin. de donat.* effecit, vt cum olim lege Ælia Sentia nemo, extra vindictam manumittere poſſet, niſi annum 20. compleſſet; hodie ex Iuſtiniani conſtitutione manumittere queat, qui annum 18. attigit & annum 17. compleuit. §. *fin. Inſtitut. quibus ex cauſis manum.*

Sic etiam cum certus eſſet modus ſeruorum in teſtamento manumittendorum definitus lege Fuſia Caninia: Iuſtinianus & hanc legem, vt libertati inimicam, ſuſtulit *tot. tit. Inſtit. de lege Fuſia Caninia tollenda.*

Resolvtio Thesis quintæ.

Liberi porro homines vel ſunt ſui, vel alieni iuris: alieni iuris ſunt, qui in poteſtate ſunt vel dominorum, vel parentum *princ. Inſtit. de his qui ſui vel alieni. l. 1. princ. ff. eod tit.* Vbi, etſi nomen poteſtatis, tam de patria, quam dominica poteſtate generice prædicetur, ſciendum tamen eſt, iſtam prædicationem plane eſſe æquiuocam, cum ius illud, quod domini habent in ſeruos, rectius dominium, quam poteſtas vocetur. Olim ſane idem prope ius habuit pater in liberos, quod dominus in ſeruos: ſicut enim dominis in ſeruos competebat ius vitæ & necis §. *fin. Inſt. de his qui ſui.* Ita quoq; parentes in liberos habebant vitę & necis poteſtatem *arg. §. 11. ff. de lib. & poſthum.* *Lit. A.*

Et ſicut ſerui, quicquid acquirunt, id omne ſuis dominis acquirunt: ita quoque filij olim quæcunque acquirebant, ea ſuis acquirebant parentibus *princip. Inſtit. quib. non eſt permiſſ. facere teſtamentum.*

Sed hodie hoc iure vtimur, vt pater non habeat in liberos vitæ ac necis poteſtatem, ſed moderatam duntaxat caſtigationem *l. 5. ad L. Pompei. de parricid.* nam liberi amplius omnia acquirant parenti, ſed vſumfructum duntaxat aduentitiorum *princ. & §. 1. Inſtit. per quas perſon. nob. acquir.*

Sane in cauſis publicis, hoc eſt officijs & muneribus publicis, filiusfamil. & in patris poteſtate exiſtens, pro patrefamil. habetur, ita vt patria poteſtas non attendatur, nec in conſiderationem veniat: ita enim Pomponius in *l. 9. ff. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt:* filius ait familias, in publicis cauſis loco patrisfamil. habetur; veluti vt magiſtratum gerat, vt tutor detur. Et Vlpianus in *l. 13. §. fin. & l ſequent. 14. princip. ff. ad SC. Tre-*

SC.Trebell. ſi quis, inquit, *filiusfamilias ſit & magiſtratum gerat, patrem ſuum in cuius eſt poteſtate, cogere poterit ſuſpectam dicentem hæreditatem adire & reſtituere:* nam quod ad ius publicum attinet non ſequitur ius poteſtatis.

Hinc quoque Africanus ſcribit in *l.77. de iudicijs*, patrem poſſe iudicem habere filium ſuum.

Etenim filius in officio publico conſtitutus duplicis ſuſtinet perſonæ conſiderationem: nam vel conſideratur vtut magiſtratus & perſona publica, aut vero conſideratur vt filius: priori modo conſideratus, ſuperior eſt patre, & in patrem poteſtatem habet, ipſumque coercere poteſt *d. l.13. §. fin.* ipſique à patre honor debetur & reuerentia: at poſteriori ratione conſideratus, ſubeſt patri, eidemque obtemperare & omnem honorem atque reuerentiam exhibere debet.

Lit. B. In poteſtate patris ſunt liberi, qui ex iuſtis nuptijs ſunt procreati, vel qui adoptati ſunt, vel denique qui ſunt legitimati *princ. Inſtit. de patr. poteſt. princ. Inſtitut. de adopt. & §. fin. Inſtitut. de Nuptiis.*

At cur liberi ex iuſtis nuptijs procreati in patris duntaxat & non etiam in matris ſint poteſtate *§. fœmina. Inſt. de adopt.* quæritur? Et primo iſta adducitur ratio, quod olim fœminæ in perpetua fuerint tutela, adeoque & ipſæ in poteſtate extiterint tutorum, ac conſequenter alios in poteſtate habere non potuerint: ſed hæc ratio parum videtur eſſe valida, cum abſurdum non ſit eum, qui ſub cura alterius eſt poteſtate liberos in poteſtate ſua habere; docet hoc perſpicue exemplum minorum, itemque prodigorum, furioſorum & mentecaptorum: quocirca non obſtante, nec impediente iſta tutela, vel potius curatela, poſſent fœminæ liberos in ſua poteſtate habere: vt taceam quod hodie ratio iſta penitus deficiat, & tamen non magis liberos in poteſtate etiamnum habeat mater atque olim habuit.

Verior itaq; videtur altera ratio ab Autore aſſignata, quod illi, qui ex iuſtis naſcuntur nuptijs, patris ſequantur & non matris familiam *l.195. §. familiæ. ff. de verb. ſign.* cui ſane conſequens eſt, liberos non eſſe in poteſtate matris.

Nec obſtat quod liberi matrem ſequi dicuntur *l.24. ff. de ſtatu homin. tit. Inſtit. de ingenuis:* nam hoc fit lege quadam naturæ, non poteſtate aliqua iuris ciuilis *d. l. 24.* qualis eſt patria poteſtas *§. 2. de patr. poteſt.* Neque ex eo, quod dixi, liberos non eſſe in poteſtate matris, recte infertur quod iure Romano quartum violetur decalogi præceptum, nec eadem reuerentia idemque honor matri iubeatur à liberis exhiberi; qui patri debetur.

Contrarium ſiquidem textibus euidentiſſimis refellitur: nam in *l.6. ff. de in ius vocando.* dicitur vnam omnibus parentibus ſeruandam eſſe reuerentiam. Idemque ſtabilitur quoque & confirmatur *tot. tit. ff. de obſeq. patr. præſtand* neque poteſtas iſta patria ex reuerentia & honore, parentibus debitis, æſtimatur, ſed alios habet effectus, vt nunc dicetur. Et ſane ſi ei, in cuius poteſtate non ſunt liberi reuerentia propterea & honor non deberetur, conſequens foret nec patri, quandiu ſupereſt auus paternus, à liberis vllum deberi honorem vllam reuerentiam, vllum obſequium. Conſequens etiam eſſet nullam reuerentiam deberi patri à filio emancipato: at hoc in iure noſtro ciuili Romano abſurdiſſimum eſt.

Hæc autem poteſtas, quam parentes habent in ſuos liberos, propria eſt ciuium Romanorum, quia alij non ſunt homines, qui talem habeant in liberos poteſtatem, qualem habent ciues Romani *§. 2. Inſt. de patria pot. l. 3. ff. de his qui ſui vel alien.* *Lit. C.*

alien. Verum hoc ipſum à multis in dubiũ reuocatur & diſerte negatur quod patria poteſtas ſit ciuilis ac ciuium Romanorum propria, tum quia in *l.195. ff. de verb. ſignif.* filiusfam. dicitur NATVRA eſſe ſub patris poteſtate. Et filij dicuntur non ſolum NATVRA, ſed etiam adoptione fieri *l.1. de adopt.* itemque *Natura imperium* patri in liberos competere. *Ariſt. 4. Ethic.* Et denique iura patris naturalis diuino nexu copulata *l. 10. C. de adopt.* tum etiam quod alij quoque populi habuerint poteſtatem in ſuos liberos, non minus atque Romani: tum denique quod obedientia liberorum erga parentes iuris ſit gentium *l.2. ff. de Iuſtit. & iure.* Eademque diuino etiam iure parentibus debeatur, *Deut. 20. prou. 1. Epheſ. 6.*

Cæterum ad concilianda hæc contraria fundamenta, & ad ſpeciem inuicem pugnantia, quidam diſtinguunt inter poteſtatem patriam & ius poteſtatis patriæ; ita vt poteſtas ipſa ſit iuris naturalis omnibuſque gentibus ac populis communis: ius autem patriæ poteſtatis ſit proprium ciuium Romanorum *dict. §. ſecundo.*

Alij diſtinguunt inter poteſtatem patriam & qualitatem patriæ poteſtatis, ſiue formam, vt hæc quidem ex iure ciuili deſcendat: illa vero ex iure gentium, vel naturali.

Alij deniq; diſtinguunt inter formam patriæ poteſtatis & eiuſdem originem, ſic vt illa ex iure ciuili ſit, hæc autem ex iure gentium deſcendat.

Verum omnes haſce diſtinctiones alibi prolixe refutaui, ac poteſtatem & origine & forma eſſe iuris ciuilis demonſtraui, refutatis contra ſentientium fundamentis. *Vide d. tract. 2. q. 17. lib. 1. Variar. reſolution.*

Quod ſi itaque patria poteſtas ex iure ciuili Romano formam ſuam habet atq; originem trahit, porro quæritur, anne ex iure ſcripto ſit, an vero ex iure non-ſcripto ſiue conſuetudinario?

Et moribus illam introductam eſſe diſerte Vlpianus affirmat in *l.8. ff. de his qui ſui vel alieni iur.* Etſi enim patria poteſtas initio lege Romuli eſſet introducta, teſte Dionyſ. Halycarnaſ. *lib. 12. antiquit. Roman. c. 4.* poſt etiam lege 12. tabb. confirmata, exactis tamen poſt regibus & per legem Tribunitiam regijs legibus ſublatis, ius patriæ poteſtatis olim conſiſtebat in iure vitæ & necis quod parentibus in liberos competebat *l. fin. C. de patria pot. l. 11. ff. de lib. & poſthum.* verum hoc patri poſtea fuit ademptum, & conſtitutum vt patria poteſtas magis in pietate quam in atrocitate conſiſtat *l.5. ff. ad L. Pompeiam de parricid.* Idque optima ratione quoniam & alias prohibita eſt priuata vindicta, *l. non eſt ſingulis. ff. de rer. iur. l. 10. ff. de Iuriſdict.* & iure diuino filius inobediens iubetur à patre ad Seniores ciuitatis duci, qui in ipſum ſententiam ferant &, prout meritus eſt, animaduertant. Et quanquam Bodinus contrarium propugnet & ſtatuat, ius illud vitæ ac necis à Romulo olim patribus in liberos conceſſum, male illis ademptum & in vſum hodie reuocandum eſſe; eius tamen fundamenta refutaui & oſtendi, quod iure optimo æquiſſimaque ratione ius iſtud vitæ & necis parentibus ademptum ſit, nec è re publica eſſe id denuo in vſum reuocari. *d. tract. 2. q. 15. lib. 1. Variar. iuris ciuilis reſolut.*

Loco itaq; poteſtatis iſtius vitæ ac necis parentibus hodie datum eſt ius moderate liberos caſtigandi & coercendi. *l. 3. C. de patr. pot.* Effectus deinceps patriæ poteſtatis etiam hic erat, vt quicquid filius acquireret hoc omne acquiret parentibus inſtar ſeruorum. Sed hoc quoq; ita hodie tẽporatum eſt, vt Caſtrẽſia & quaſi-Caſtrenſia filius ſibi in totũ ac pleno iure acquireret, aduentitia quoad proprietatẽ nudam, ita vt patri in his duntaxat bonis vſusfructus per filium acquireretur.

Inſuper effectus patriæ illius poteſtatis eſt quod filiusfamil. ſine conſenſu patris non poteſt nuptias contrahere, *pr. Inſtit. de nupt.* quod teſtamenta condere nequit *princ. Inſtitut. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* & qui alij ſunt effectus patriæ poteſtatis, hinc inde in iure recenſiti. Ad effectum patriæ poteſtatis non refero ius diſtrahendi liberos ſanguinolentos ex cauſa famis & egeſtatis; quandoquidem idem hoc ius matribus quoque competere, docui in *d. tract. lib. 1. q. 16.*

Lit. D. In poteſtate parentum ſunt liberi, ex iuſto matrimonio nati *l. 19. ff. de ſtatu homin.* vbi Celſus ait: cum legitimæ nuptiæ factæ ſunt, patrem liberi ſequuntur: vulgo quæſitus matrem ſequitur: ſequitur matrem, non quoad poteſtatem, ſed quoad ſtatum & conditionem *l. 24.* vbi Vlpianus; lex inquit, naturæ hæc eſt vt qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequitur, niſi lex ſpecialis aliud inducit. Et ſane cuius alterius quam matris conditionem ſequeretur filius, qui patrem nullum habet *l. 1. in fine. ff. ad municipal.*

Hi igitur vt ſint liberi, requiritur vt & mater fuerit libera; ſed anne ſufficiat vt mater conceptionis tempore fuerit libera, an vero requiratur vt & tempore partus & intermedio tempore, quod intercedit inter tempus conceptionis & partus libera fuerit? anceps & dubia eſt quæſtio, quoniam de ea ICti videntur plane contraria ſcripſiſſe.

Etenim Imperator Iuſtinianus in *pr. Inſtit. de Ingenuis* ait, ingenuum naſci, ſi ex matre libera naſcatur, quocunque tandem tempore ſit libera, adeo vt ſi tempore conceptionis fuerit libera, tempore partus autem ſit ancilla, nihilominus, qui ex ancilla naſcitur, ingenuus ſit; idque ait procedere, cuiuſcunque conditionis fuerit pater, ſiue liber, ſiue ſeruus, ſiue certus, ſiue incertus. Verum id non perinde expeditum videtur in iure noſtro, quod ait Iuſtinianus, eum qui extra legitimum matrimonium, patre incerto, fuerit ex ea natus, quę conceptionis tempore fuerit libera, partus autem ancilla, ingenuum naſci. Hoc enim à quibuſdam in dubium reuocari ſolet ob ſequentes rationes.

Quæ. 17. An qui extra legitimum matrimoniũ ex ea natus eſt, q̃ tempore partus ancilla fuit, ingenuus ſit?

1. Primo enim Vlpianus ICtus in fragmentis *tit. 5. § 10.* in hæc verba ſcribit: *in his qui iure contracto matrimonio naſcuntur, conceptionis tempus ſpectatur: in his vero, qui non legitime concipiuntur, editionis.*

2. Idemque confirmat idem Vlpianus in *l. 18. ff. de ſtatu homin.* vbi ait, *ſi ei, qui ex iuſtis nuptijs concepit, aqua & igni interdictum eſt, ciuem Romanum parit, & in poteſtate patris*; quibus verbis haud obſcure innui videtur: ſi ei, qui non ex iuſtis nuptijs conceperit, aqua & igni fuerit interdictum, non parere ciuem Romanum, & in poteſtate patris.

3. Eandem plane regulam confirmat quoq; Caius *lib. 1. Inſtit. tit. 4.*

4. Accedit his ratio ſatis euidens, quod ſcilicet vulgo concepti matris conditionem ſequantur *l. 19. ff. de ſtatu homin.* vt qui non poſſint patrem monſtrare *l. 23. & l. 24. d. tit.* nec aliam niſi maternam originem *l. 1. ff. ad municipal.* mater autem non æſtimetur ex conceptione; ſed ex partu & editione *l. 4. ff. eod. l. 18. ff. quand. dies legat.* vnde ſequitur, illum non intelligi ex matre libera natum, ac conſequenter nec liberum eſſe, qui ex ea natus eſt, quæ conceptionis quidem tempore fuerit libera, partus autem tempore ancilla.

5. Denique inprimis huc pertinere videtur *l. 3. ff. quibus ad libertatem proclam.* In cuius fine ait ICtus: *his quoque danda non eſt ad libertatem proclamandi licentia, qui ex matre, quæ maior 20. annis venire ſe paſſa eſt, nati tempore ſeruitutis eius fuerint.* Quæ profecto videntur manifeſte demonſtra-

Digitized by Google

re, vt quis ingenuus ſit, ſiquidem ex illegitimo matrimonio fuerit natus, omnino requiri vt mater eius, non ſolum conceptionis tempore fuerit libera, ſed etiam & quidem maxime tempore partus.

Pro contraria tamen ſententia proſtant non minus firma & illuſtria iuris teſtimonia.

Nam primo, quod natus ex matre tempore conceptionis libera, tempore vero partus ancilla, etiamſi extra legitimum matrimonium ſit natus, ingenuus ſit, teſtatur expreſſe Imperator Iuſtinianus in *pr. de ingenuis.*

2. Idemque clare confirmat Marcianus in *l. 5. §. 2. ff. de ſtatu homin.* vbi ait: *ingenui ſunt, qui ex matre libera nati ſunt: ſufficit enim liberam fuiſſe eo tempore, quo naſcitur, licet ancilla concepit. Et è contrario, ſi libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui naſcitur, liberum naſci; nec intereſt iuſtis nuptijs concepit, an vulgo: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre eſt.*

3. Deniq; facit pro hac ſententia, quod in dubio ſemper ea ſit arripienda ſententia, quæ benignior eſt quæq; libertati & ingenuitati fauet *l. 20. ff. de Reg. iur.* iam vero hæc poſterior ſententia eſt benignior & fauet libertati. Ergo alteri eſt præferenda. Nihil obſtantibus ſuperioribus argumentis pro priori opinione adductis.

Ad quæ reſpondent quidam, illa procedere ſtricto iure inſpecto, de quo & ſuperior ſententia ſit vera, non autem inſpecta humanitate & æquitate, iuxta quam verior ſit poſterior opinio. Veruntamen vtut ſit, putarim priorem opinionem nullibi in iure noſtro fundari, nec probari etiam argumentis pro ea adductis.

Ad primum enim & tertium reſpondeo: fragmenta Vlpiani, vt & inſtitutiones Caij, nullam penitus mereri autoritatem: imo allegari non debere ſub graui pœna, in quocunque certamine, vbi legibus ſit opus. *l. 2. §. 19. C. de vet. iur. enucl.* præſertim vero hoc in loco, vbi videmus à Iuſtiniano Imperatore fuiſſe contrarium expreſſe conſtitutum & approbatum *dict. princip. Inſtitut. de ingenuis.*

Ad ſecundum reſpondeo: primo illam *l. 18. ff. de ſtatu homin.* nihil huc pertinere, vt quæ non loquatur de illa, quæ fuerit tempore partus ancilla, ſed quæ ſolum fuerit deportata, exindeque non libertatem, ſed ſolum ciuitatem amiſerit. *§. minor. Inſtit. de cap. diminut.* Deinde, etſi loqueretur in terminis, atque de illa, quæ tempore partus fuerit ancilla; tamen contra nos nihil concluderet, ſiquidem argumentum, quod inde deſumitur, eſt à contrario ſenſu deductum, quod contra textus apertos, vt notum eſt, nihil concludit.

Ad quartum reſpondetur; editionis tempus ſpectari alias quidem, non vero cum de libertate partus quæritur. Cum hoc ſit ſpecialiter in fauorem libertatis & ingenuitatis receptum, vt partus ſequatur conditionem matris, non quæ fuit tempore partus, ſi tunc ancilla fuit; ſed quæ tempore conceptionis. Atque hoc ſatis perſpicue ſignificat tum Iuſtinianus in *dict. princ.* tum Martianus in *dict. l. 5. §. 2.* vbi eius, quod partus ingenuus, ſit, etiamſi mater editionis tempore fuerit ancilla, hanc rationem reddunt, quod calamitas matris non debeat noceri ei, qui in ventre eſt.

Ad quintum reſpondemus: quod in allegata *l. 3.* dicitur, natos ex illa, quæ venire ſe paſſa eſt, ſeruos eſſe, id ſingulariter in odium matris, quæ ob precium participandum ſe venire eſt paſſa introductum eſſe: quæ reſponſio iuuatur eo, quod in *dict. l. 3.* diſcrimen non faciat ICTVS inter

ram ceciderit, vel in manibus obſtetricis deceſſit, moriatur.

Quod ſi tamen partus, Octauo menſe natus, ſit vitalis, communis eſt & Philoſophorum & Medicorum ſententia, eum legitimum non eſſe: finge ergo virum iam diu abſuiſſe, & domum reuerſum, ibique triduum eſſe commoratum, poſtmodum receſſiſſe iterum, ſi mulier intra octauum menſem pariat, & viuat filius, à marito conceptus non creditur. Menochius caſu *89. n. 38.* vbi tamen monet, magnam in hoc caſu diligentiam iudicis requiri, vt conſulat Philoſophos & Phyſicos. Ita ſtatuunt Gellius *3. Noct. Attic. 16.* Plutarchus *lib 5. de placit. Philoſophor. c. 18.* Curt. Iunior *Conſil. 319. n. 17.*

Obſeruandum tamen eſt ſupputationem illius octaui menſis initium capere non debere præciſe à die nuptiarum, ſed à die conceptionis, ſi dicitur partus octauo menſe natus poſt contractum matrimonium.

Nonimeſtris partus quin ſit legitim⁹, dubium non eſt.

De partu decimeſtri idem communiter ſtatuitur, & eſt hæc ſententia doctiſſimi Medici Hippocratis *lib. de ſeptim. part.* Eaque in legibus etiam noſtris expreſſe approbata eſt. Nam ita in *d. l. 3. §. vlt. ff. de ſuis & legitim.* ſcribit Vlpianus: *poſt decem menſes mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem*, ex quo colligitur per argumentum à contrario ſenſu, quod in iure noſtro eſt fortiſſimum, quod natus decimo menſe admittatur ad legitimam hereditatem: nam ſi nec decimo menſe natus eſſet legitimus, ad quid Ictus ſcripſiſſet POST decem menſes natum illegitimum eſſe.

Qu. 20. *An part⁹ vndecimeſtris ſit legitimus?*

De vndecimeſtri partu magna eſt controuerſia, vtrum & is legitimus ſit, an vero non?

Et quod pro legitimo haberi non debeat, videtur de iure noſtro dicendum.

1. Per textum in *lege 3. §. penultim. ff. de ſuis & legitimis heredibus*, vbi Vlpianus diſerte pronunciat, poſt decem menſes mortis natum, ad legitimam hereditatem non admitti.

2. In *l. 29. ff. de lib. & poſthum.* is demum heres legitimus eſt, qui poſt mortem teſtatoris in decem menſibus proximis natus fuerit.

3. Idemque comprobat *l. fin. pr. ff. de fideicomm. libertat.*

4. Ex hoc ipſum confirmat quoque *l. vlt. C. de fideicomm. libert.*

5. In *Nouella 39. cap. 2.* dicit Iuſtinianus non eſſe poſſibile vt partus editus vndecimo menſe, poſt mortem mariti, ſit ex marito defuncto.

Cæterum quod etiam vndecimo mẽſe legitimus partus naſcatur, videtur his rationibus probari.

1. Meminit A. Gellius *lib. 3. cap. 16.* Romæ fœminam, bonis atque honeſtis moribus non ambigua pudicitia, in vndecimo menſe poſt mariti mortem peperiſſe, D. Hadrianum cauſa cognita, decreuiſſe, in vndecimo quoque menſe partũ edi poſſe; idque ſe ſtatuere, ait Gellius, requiſitis veterum Philoſophorũ & Medicorum ſententiis.

2. Deinde Hippocrates, Ariſtoteles aliique ſummæ authoritatis Philoſophi, mulieres, aiunt, interdum etiam vndecim menſes vterum gerere, Gellius *d. loco.*

Ego illorum ſententię ſubſcribendum eſſe cenſeo, qui ſtatuunt natum ſub initium vndecimi menſis legitimum eſſe, ſi ſcilicet menſis illius vndecimi computatio fiat non à tempore mortis, ſed à tempore conceptionis, vt ſupputationem faciendam eſſe monent plerique doctiſſimi Icti Menoch. *d. caſu 89. n. 46.* Andr. Rauchbart. *part. 2. q. 24. n 49.*

Et hoc vtique confirmant omnes illi textus, quibus aſſeritur, quod natus poſt mortem patris, menſe decimo, legitimus ſit, quia qui mortuus eſt decimo menſe poſt mortem patris, ille natus eſt in men-

Digitized by Google

ſe vndecimo computatione à die conceptionis facta, cum dies conceptionis & dies mortis mariti non poſſint concurrere, ſed plerumque maritus ante mortem diebus aliquod ad generandum inhabilis ſit.

Quod tamen ita limitat cum Iacobo Menochio, Andreas Rauchbart, quod ſi vir recte valens & ſanus, ſubitanea morte extinctus, vel occiſus fuerit, etiam altero die vndecimi menſis partus editus ſit legitimus.

Ad textus itaque contrarios reſpondetur, in illis hoc ſolum negari quod natus die vndecimo poſt mortem ſit illegitim*, non etiam aſſeri, quod natus die vndecimo poſt conceptionem pro illegitimo haberi debeat, ſed illum eſſe legitimum confirmare potius ſolidiſſime.

Illud tamen æquius videtur, vt qui plane ſub initium vndecimi menſis veluti primo aut ſecundo die, pro legitimo habeatur.

Nam & Hippocrates docet, interdum vſu venire vt partus certis de cauſis ad vndecimum menſem differatur, aut certe differri videatur, cum tamen legitimus menſibus decem conſtet. Demonſtrat enim eodem modo tardiores partus ſub initium vndecimi menſis accidere, quo modo ſub initium ſeptimi menſis fiunt: Tardiores autem, ait, cauſas veras eſſe duas, vnam ex parte mulieris, ſi forte tum conceperit, cum maiore ex parte menſes defluxerint, quoniam ad tempus partui vſitatum addi eos dies oportet, per quos ſanguis expurgari conſueuerat, hoc eſt, in ſingulos menſes ternos: Alteram ex parte viri, cum ſemen humidius & excrementoſius tardius concoquatur.

Et ita quoq; in Dicaſterio Witebergẽſi de vndecimeſtri partu, iudicatum fuiſſe anno 1569. die 15. Maij, & anno 86. vt & de ſemeſtri refert ac teſtatur Rauchbarus *d. q. 24.* ſententiamq; his verbis conceptã fuiſſe.

Als Ihr vns berichtet, das ein Ehemann Donnerſtag nach Michaelis im Fünff vnd achtzigſten Iahr, ins Landt zu Braunſchvveig verreiſet, vnd den 16. Ianuarij dieſes Iahrs vvider anheim kommen, deſſen VVeib folgents den Acht vnd zvvantzigſten Monatstag Iulij ein Kindt zur VVelt bracht, vnd evvren Bericht nach mit demſelben 43. VVochen von zeit an, als der Mann von jhr verreiſet, Schvvanger gangen, vnnd nun zvveiffel vorfiel, ob ſolche Geburt vor Ehelich zuachten. Demnach ſprechen vvir verordnete DD. &c. vor Recht, dievveil dieſe Drey vnd viertzigſte VVochen von Zeit an, als der Ehemann vveg gezogen, bis auff den Acht vnd zvvantzigſten tag Iulij dreyhundert einen tag, vnnd dieſelbe hinvvider zehen Monat vnd einen tag, vvan auf jeden Monat dreyſſig tage, vvie diſſa's billich geſchicht, gerechnet austragen, oder da gleich in dieſem fall auf jeden Monat Neün vnd zvvantzig tage vnnd 12. ſtunden, nach etlicher Meinung zurechnen ſein ſolten, doch derſelbe mehr nit den zehen Monat, Sechs tage, vnnd etliche vvenige Minuten machen. Folgents von dem Sechzehenden Ianuarij dieſes Sechs vnd achtzigſten Iahrs, als der Mann vvider anheim kommen, bis auff den acht vnd zvvantzigſten Iulij, ſieben vnd zvvantzig VVochen vnd vier Tag ſeindt, vnnd alſo, 193. Tage, da der Monat auf dreyſig Tage oder vvan auch der Monat Neün vnd zvvantzig Tage 12. ſtunden gerechnet, dieſelbe ſechs Monat Neünzehen Tag vnd 12. ſtunden austragen, vnd aber im Rechten verordnet, das ein Kindt im anfang des Eilfften Monats, ſo vvol auch im ſiebenden Monat, es ſey im anfang, Mittel oder zu ende, an ſeinen Ehren nicht mag geſcholten vverden. Derovvegen iſt auch gemelter Ehemann ſich des Kindts als ein Vatter anzunehmen, vnd daſſelbe vor das ſeine Zuerkennen vndt Zuverſorgen, ſchuldig.

Præter has dicit eſſe etiam cauſam opinatam, cum mulier menſem dimidiatum quo concepit pro integro computat: nam cui menſes fluunt dies octo, ea

ſi no-

ſi nono die conceperit, octo ſuperiores inutiles fore, quos tamen integro menſi attribuit. Iam vero ſi mulier quæ circa plenilunium concepit, dimidiatum hūc menſem pro integro computet, geſtationi 15. dies ſuperaddet, adeoque videbitur vterum geſtaſſe vndecim menſibus Hotom. *d. loco.*

Olim πολυτεκνίαν apud Romanos multis fuiſſe decoratam & ornatam priuilegijs eo quod interſit Reipublicæ eam compleri, amplificari ciuibus legitime natis, extra omnem eſt controuerſiam poſitum, nec ignotum cuiquam eſſe poteſt, niſi iuris Romani ſit imperitiſſimus. Hinc quæritur vtrum duodecim liberi à muneribus excuſent patrimonialibus.

Excuſare communiter ſtatuunt, moti *l. 24. C. de decurion.* vbi dicitur, quod ſi quis decurio pater ſit duodecim liberorum, honeſtiſſima munerum quiete donetur. Contrariam vero opinionem amplectitur Fachineus poſt Baldum, Rebuffum & Couarruuiam per textus in *l. 2. l. ſunt munera. ff. de vacat. muner. l. reſcripto §. qua munera. ff. de muner. & honor. lege 5. C. de muneribus patrimon. l. 1. C. de his qui numero liber.* vbi dicitur à munebus liberorum numerum nullam præſtare excuſationem.

Ad *d. l. 24. C. de decurionibus*, reſpondetur illam loqui de decurionibus. Deinde loqui de muneribus non patrimonialib. ſed perſonalibus, quibus verba iſta honoratiſſima quiete conueniunt. Et de perſonalibus oneribus accipiendus etiam eſt textus in *l. ſemper §. demonſtratur. ff. de iure immunitat.*

Qu. 21. *An ſi mulier mox ſecundas cōtrahat nuptias, & ſeptimo menſe pariat cuius ſit partus?*

Si mulier mox à morte mariti ad ſecūdas conuolet nuptias, & deinde ſeptimo, nono aut decimo menſe pariat; cuius hic partus eſſe iudicari debeat, vtrum primi defuncti, an vero ſecundi ſuperſtitis mariti quæritur? quæ ſane quæſtio non eſt otioſa, ſed maximi momenti ſi de ſucceſſione & hereditate quæratur.

Equidem variæ de hac re extant interpretum ſententiæ. Primo enim Baldus exiſtimat præſumi debere prioris mariti filiū: idque propterea, quod cum iure ciuili nuptiæ intra annum luctus vetitæ ſint propter ſanguinis turbationem *l. liberorum §. 1. ff. de his qui not. infam.* Idcirco rapienda ſit benignior interpretatio pro filio, vt ex nuptiis conceſſis & primo matrimonio cenſeatur eſſe natus.

Sed hanc rationem non poſſe hic locū habere, ait Alciatus, cum in eo nos loquamur caſu, quo licite, ac iure permittēte, poſt mortem primi mariti vidua relicta ad ſecundum matrimonium tranſiit: vt taceam quod & hodie iure Canonico viduæ ſtatim alij nubere permittatur *cap. fin. extr. de ſecund. nupt.*

Alij vero, quos ſequitur Autor noſter, cenſuerunt ſecundi mariti filium præſumi, tum quia in huius domo, vicinis ſciētibus, ſit natus, ideoq; in huius iuris quaſi poſſeſſione conſtitutus *l. Gallus. pr. ff. de lib. & poſthum. l. 6. ff. de his qui ſui vel alieni iuris.* tum quia ſecundo huic imputandum eſt, quod nimis propere vxorem hanc duxit, tum quia in colendo agro diutius perſeuerauerit: cum præſertim veriſimile ſit, eum qui adeo feſtinauit, vel viuente primo viro aliquid delibaſſe. Atque hanc ſētentiam putat Alciatus maxime adiuvari eo, ſi teſtamento primi mariti filius eſſet præteritus, tanquam fauor ſuſtinendi teſtamenti hoc ſuadeat *l. ex facto. §. penult. ff. ad Trebell.*

Angelus, ICtus alias ſui temporis eruditiſſimus, opinatur propter incertitudinem pro vtriuſque filio habendum eſſe & admittendum ad vtriuſque hereditatem, ſicut & ſeruus quandoque iuris cōmento duorum dominorum in ſolidum fuiſſe intelligatur *l. duo ſocij ff. de heredib. inſtituend.*

Alij quidam exiſtimāt, hereditates eſſe diuidendas & vtriuſque hereditatis dimidium filio eſſe dandum.

Re-

Receptiorem, veriorem & magis conſentaneam ait Alciatus hanc eſſe ſententiam regulis iuris vt propter incertitudinem filius neutram habeat hereditatem. Ex hac ratione quod par ſit, vtriuſque mariti reſpectu præſumptio; inter pares vero nulla ſit victoria, quod ipſum tamen intelligendum aiunt, niſi aliquæ coniecturæ in alteram partem vergant.

Petrus Gilckenius ad *l. Gallus. pr. nu. 60. & 61.* ſtatuit, iudicem, tanquam virum prudentem coniecturis hic veriſimilibus vti debere, nec cognitionem ſuam ad vnam coniecturam aut probationis ſpeciem allegare debere *l 3. §. Diuus. ff. de teſtib.* Quin etiam interdum certæ poſſunt haberi probationes quod prioris mariti filius nõ ſit: quid enim ſi maritus per multum temporis ante mortem ſuam abfuerit & peregre vitam cum morte commutarit, tunc ſane filius, poſtea in ſecundo matrimonio natus, ipſi adſcribi non poterit *l. filium. ff. de his qui ſui.*

Quid etiam, ſi conſtat maritum ante mortem aliquandiu, per menſes quatuor vel quinque non concubuiſſe, infirmitate interueniente, vel alia cauſa, vt ſi ipſa fortaſſis mulier grauiter decubuerit, vel ſi ipſe paterfamil. ea valetudine fuerit, vt generare non potuerit, iſte qui in domo natus eſt, quamuis vicinis ſcientibus filius non erit.

Ponamus præterea maritum prædefũctum decrepitæ fuiſſe ætatis ita, vt ad generandum inhabilis videretur, bonum erit argumentum, filium poſt mortem ipſius in altero coniugio ex muliere natum, ipſius non eſſe. *l. quæſitum. ff. de lib. & poſthum.* Denique probabile erit argumentum ſi, viuo adhuc priore marito, ſigna quædam conceptionis fuiſſent & ſeptimo vel nono menſe partus editus eſſet.

Poſtremo Andr. Tiraquel. *lege 7. Connubia'. num. 52.* ſtatuit, hoc caſu noſtro, quo dubitatur vtrum filius ſit prioris, an poſterioris mariti, illius eſſe filium iudicandum, cuius faciem & formam repræſentaret. Verum de hoc iam dicetur.

Huic vicina eſt quæſtio illa, vſu frequentiſſima, an ne ſit certa aliqua filiationis probatio?

Et quod ſit certa filiationis probatio, exinde probatur, quod filius in iure noſtro certus dicitur in *l. 1. §. pœna. ff. de agnoſc. & alend. lib.* vbi dicitur quod ſi parens, qui negat, mulierem ex ſe prægnantem eſſe, præmiſerit cuſtodes, non cogi ipſum filium agnoſcere, niſi vere filius ſit; vnde liquet, quod ſit aliqua filiationis certa & vera probatio, qua oſtendatur & demonſtretur aliquem vere hui⁹ eſſe filium.

2. Idem quoque colligitur ex *l. 5. ff. de in ius vocand.* vbi dicitur, quod is ſit verus ac certus pater, quem nuptiæ demonſtrant.

Veruntamen quod non ſit vera & certa filiationis probatio, ſatis euincit *l. filiũ. ff. de his qui ſui.* vnde liquet quod, aliquem huius eſſe filium probatu ſit plane impoſſibile; quis enim teſtis deponet, mulierem ex marito ſuo vel eo quo cum cõcubuit, & non ex alio filium iſtum ſuum concepiſſe? nec magis inſtrumẽtis id demonſtrari poterit.

Quocirca ſic ſtatuendum omnino exiſtimo certam aliquam & indubitatam filiationis probationem ſimpliciter impoſſibilem eſſe; & de ea non poſſe niſi ex cõiecturis & præſumptionibus de filiatione quid ſtatui.

Nec aduerſatur quod in textibus ſupra adductis filius dicitur verus, item pater certus: nam ſic dicitur filius verus & pater certus ex coniecturis & præſumptionibus iure probatis & admiſſis.

Similiter non facit ad rem quicquam *cap. per tuas extr. qui filij ſint legitimi.* vnde putat Couarruuias patere quod filiatio duobus teſtibus probari poſſit: nam in i-

Digitized by Google

in iſto textu matrimonium & deſponſatio ſaltem teſtibus probatur, non etiam filiatio.

Qu. 22. Quanam ſint coniecturæ & præſumptiones filiationis?

Argumenta vero, vnde præſumptiones & coniecturæ capiuntur hunc eſſe illius filium, variæ adducuntur quarum eas duntaxat nos recenſebimus quæ in iure fundatæ ſunt.

Eſt igitur prima ac præcipua coniectura & præſumptio, quod filius ex vxore dicitur eſſe natus: nam inde coniicitur ac præſumitur eundem ex marito quoque eius eſſe natum: iſta vero præſumptio fundata eſt *in l. filium. ff. de his qui ſui vel alien. iuris ſunt*. in qua Vlpianus: *Filium eum definimus, qui ex viro & vxore eius naſcitur.*

Et hanc coniecturam non ſolum reſpicere quaſi poſſeſſionem filiationis, ſed etiam ipſius proprietatem; atque locum habere etſi eo tempore, quo iſte conceptus eſt, conſuetudinem habebat cum adultero: nam adhuc eum filium præſumi, ait Menochius *præſumpt. 53. lib. 6* Fundamentum huius conſtituit in eo, quod benignior & fauorabilior præſumptio ſumenda ſit in dubio *cap. Eſtote de R. Iur.* Vnde etiam Baldus alibi dicit, in dubio potius præſumi poſſibile honeſtum, quam poſſibile inhoneſtum: atqui fieri poteſt vt filius ille mariti ſit, & tamen mater ſit adultera *l. Miles. §. defuncto. ff. ad l. Iul. de adult.* Cum igitur hoc caſu mulier & cum viro & cum adultero conſuetudinem habuerit, præſumitur filius ille natus ex marito, & fauorabilior ſit pro eo interpretatio.

Monet tamen idem Menochius hanc præſumptionem non eſſe iuris & de iure, quæ ſit probata probatio, nec probationem aliam in contrarium admittat: nam quod contrariam probationem admittat, euincit textus *in leg. prim. §. quemadmodum. Digeſt. de lib. agnoſcend. d. l. 1. §. idem ait leg. tert. §. ſi mater. Digeſt. de Carboniano edict. leg. filium. 6. ff. de his qui ſui vel alieni iur. ſunt.*

Secundo præſumptio & coniectura filiationis exinde naſcitur, ſi quis tractatus & educatus ab aliquo fuerit vt filius; nam tunc præſumetur filius, etſi poſtea pater negauerit ſuum eſſe filium *arg. cap. 10. extr. de probat.* vſque dum pater contrarium probarit. Quod tamen exiſtimat Couarruu. procedere duntaxat ratione quaſi poſſeſſionis filiationis, vt is, de quo quæritur an filius ſit, in poſſeſſione iſta defendatur quod filius ſit illius; ita vt ſi filius hic reus ſit, defendendus ſit aduerſus actorem, donec is probet filium ſuum non eſſe: quoad effectum proprietatis vero, ait Couarruuias, ex tractatione iſta & educatione ſola filium non præſumi, ſed aliis inſuper coniecturis opus eſſe: vnde ſi filius agat petitorio iudicio, ex hoc fundamento quod filius ſit Sempronii, ait non ſufficere ad hoc allegari tractationem iſtam & educationem, ſed cum ea alia adminicula debere concurrere.

Cæterum Iacobus Menochius ait prædictam iſtam præſumptionem, locum ſibi vindicare, etiamſi agatur in iudicio petitorio, vt ſi quis petit hereditatem ſibi, tanquam filio, decerni: nam etſi in iudicio petitorio neceſſe ſit probare titulum, ſiue dominium *leg. cum res Cod. de probat.* attamen noſtro hoc caſu ſufficere probare quaſi poſſeſſionem. Tum quia quaſi poſſeſſio in iuribus perſonalibus ſatis operatur, vt is leuetur ab onere probandi *l. circa Digeſt. de probat* ſecus in realibus *leg. ſicuti ſi ſeruit. vindic.* Cum igitur nos in iuribus perſonalibus verſemur, dicendum eſt, ſufficere illam quaſi poſſeſſionem, tum quia hæc quaſi-poſſeſſio non repugnat origini & primo ſtatui filiationis, imo conuenit, cũ præſumptio ſit filium ex legitimo matrimonio eſſe natum: at quotiens quaſi poſſeſſio non repugnat origini, tunc etiam in petitorio iudicio ſufficit illa quaſi-poſſeſſio ad demonſtrandam rem ita ſe habere.

Nec igitur ad rem facit Didaci Couar-

tiuiæ fundamentum, quod nempe in petitorio ſit neceſſaria probatio tituli; quia hoc facile ex modo dictis diluitur: deinde quia cum cauſa poſſeſſionis & proprietatis ſimul eſt, iudex ex officio poteſt cui videtur onus probandi iniungere. *l. cum ætate. Digeſt. de probat.* ſed hoc in caſu cum iudex cognouit filium ex educatione & tractatu quaſi poſſeſſionem probaſſe, poteſt, imo debet reiicere onus probandi contrarium in aduerſarium, qui ſi nihil probabit, efficiet vt is filius ſit iudicio ſuperior *l. ſi filius. Digeſt. de probat.* Ita poſt Paleottum Iacobus Menochius.

Tertio filiationis præſumptio oritur ex fama: hanc enim ſufficere vt aliquis in quaſi poſſeſſione filiationis conſtituatur: quotiens enim res difficilis eſt probationis, fama ad probationem vel præſumptionem ſufficit ex communi Dd. ſententia Menochius & Couarruu.

Quarto præſumitur quis filius, ſi à patre fuerit nominatus filius; etſi enim regulariter nominatio non ſit legitima filiationis probatio, vt pro regula tradit Iacobus Menochius per *leg. non Epiſtolis. leg. non audis. Cod. de probat. leg. neque profeſſio. C. de teſtamentis leg. cuius. Digeſt. de iure patronat.* Cum ſola nominatio blandienti potius gratia, quam veritatis inducendæ cauſa proferri ſoleat *leg. nemo Digeſt. de heredib. inſtituend.* Si tamen in tali actu & iſto modo nominatio iſta prolata fuerit, vt non niſi filio conueniret; aut nominatio geminata fuerit, aut facta etiam incidenter, filio præſente: aut quod probandum eſt, ſit res antiqua, ex nominatione his caſibus præſumetur filiatio.

Cæterum coniecturas hactenus enumeratas dicit Menochius in iudiciis omnes ſimul & coniunctim deduci oportere. Primo illum eſſe natum ex viro & vxore ſimul commorantibus & ſcientibus vicinis. Secundo ſic à patre habitum & tractatum fuiſſe, vt filium. Tertio ſæpius nominatum & appellatum eſſe filium. Quarto ſic ab omnibus communi fama & voce habitum & creditum.

Sed quid de ea coniectura ſtatuendum, quæ ex ſimilitudine faciei & effigie deſumi ſolet, anne præſumptionem faciet pro filiatione?

Etſi vero non deſint qui huic coniecturæ multum tribuant eamque certiſſimam facere præſumptionem exiſtiment, verior tamen eſt communis ſententia, quod nec probationem faciat, nec præſumptionem, idque ideo; quia ſimilitudinis iſtius cauſa eſt imaginatio, quæ animo mulieris in ipſo concipiendi articulo occurrit, cui tantum eſt virium in eum fœtum qui effigiatur, vt ipſius rei character quaſi inuſtus perpetuo cohæreat. Qua ex cauſa ſæpius olim accidit vt pueri picturis euaderent ſimiles, quas matres in deliciis apud ſe habebant. Plutarch. *de plac. philoſophor. lib. quint. cap. duodecim.* Id quod ita ſe habere teſtatur illa, quæ quum Æthiopis effigiem, quæ ad lectum erat, in concipiendo fœtu attentius intueretur, partum eodem colore edidit. Narrat alicubi D. Hieronymus quæſtio. in Geneſ. diformem quandam mulierem, quæ maritum itidem pari forma iniucundum habebat, filium elegantem peperiſſe.

Quæ quum ob eam cauſam adulterii nomine vehementer eſſet ſuſpecta, ab ipſa tamen culpa abeſſe deprehenſa ſit, conſilio & ſapientia præſtantiſſimi illius medici Hippocratis. Is enim iuſſit perquiri, num in cubiculo extaret inſignis quædam pictura, puero recens edito ſimilis: atque ea reperta, mulierem ipſa etiam flagitii ſuſpicione liberauit. Philoſophorum libri id paſſim docent, quæ mulieribus, dum in ſemine concipiendo occupantur, ob oculos verſantur, in iis

magnam

Digitized by Google

magnam eſſe vim ad formam fœtui imprimendam. Qui igitur ſigna & tabulas libenter apud ſe habent, videant ne inelegantes, difformes aut monſtroſas vllas patiantur collocari, vt huiuſmodi malis obuiam eatur. Nemini obſcurum eſſe credo, quid Iacobus hac in re excogitarit: qui cum Labane ſocero pactus, vt pecudes ex toto grege maculoſæ & verſicolores ſibi pro mercede adiudicarentur, virgas virentes è diuerſis arboribus delibauit, easque cum corticibus in canalibus aquariorum poſitas, ouibus & capris obiiciebat, quæ illis conſpiciendis, fœtus, pari colorum varietate diſtinctos, edebant. *Geneſ. capit. 30.* Non deſunt qui affirment, mulierem quandam, Carolo IV. Imperatore, quia in concipiendo imaginem D. Ioannis Baptiſtæ fixo obtutu, aſpexiſſet (qui pellibus indutus pingitur) filiam hirſutam inſtar vrſi peperiſſe. Ludouicus Viues, ſingularis vir eruditionis & in omnibus diſciplinis verſatus, Margaretam Maximiliani Imperatoris filiam, ſcribit aliquando narraſſe Ioanni Lainuſæo, homini docto, & Ferdinandi Vngariæ Regis Oratori, quemadmodum in Brabantiæ oppido, quod Boſcunducis appellant, quum in ſupplicatione publica cuidam ex Diuorum numero conſtituta, nonnulli in ea pompa, (vt ex veterum ceremoniarum traditione fieri ſolet) Angelorum, alii Cacodæmonum ornatu incederent, vnus ex iſtis perſonatis poſtquã diu laſciuiſſet & tripudiaſſet, domum ſtatim pruritu percitus, excurrens, vxorem corripuerit, atque in lectum coniectam velle ſe cacodæmone imprægnare dixerit, quod etiam perfecit. Filium ſiquidem procreauit, infœlici genio ſimilem, qui ſimul ac natus eſſet, exilire & curſitare cœpit. Ludouicus Viues *in libro duodecimo. aug. De ciuitat. Dei.*

Quo etiam facit quod Plinius *lib. ſeptim hiſtor. natur. capite vndecimo* ſcribit, adulteram aliquando geminos peperiſſe, quorum alter marito, alter adultero ſimilis fuerit & *cap. 12.* ſubiicit Plinius quaſdam ſemper ſibi ſimiles, quaſdam viro, quaſdam nulli.

Hinc denique tradunt quod adulterini liberi maxime ſimiles ſint maritis, quia ſimilitudo ex cogitatione mulieris oritur, quam de aduentu mariti ſollicitari eo potiſſimum tempore ſit credibile. Quanquam Alciatus *9. parerg. duodecim.* ſcribat, ſibi veriſimile non eſſe in ipſa titillatione veneris de forma mariti cogitare mulierem.

Secundo ſi hæc coniectura eſſet legitima, ſequeretur duos ſimiles ſibi præſumi fratres, cum tamen compertum ſit, duos ex diuerſis ac remotis admodum regionibus vſque adeo ſibi ſimiles fuiſſe, vt vnus alter crederetur, cuius exemplum egregium exhibet Arreſtum Tholozanum quod extat apud Coraſium.

Hinc etiam legimus prouincialem quendam ita Auguſto Cæſari ſimilem fuiſſe, vt cum Romæ eſſet, omnium in ſe oculos traheret, tam mirifice Auguſtum referebat: quo audito, Cæſar iuſſit ad ſe perduci, eumque contemplatus, hunc in modum percontatus eſt: dic mihi adoleſcens, fuit ne aliquando mater tua Romæ? negauit ille, ac ſentiens iocum: retorſit adiiciens: ſed pater meus ſæpe.

Auguſtus ludens, ſuſpicionem intendebat in matrem adoleſcentis, velut ab ipſo ſtupratam: at adoleſcens protinus eam ſuſpicionem retorſit in matrem Cæſaris, aut in ſororem, nam oris ſimilitudo, non magis arguebat illum eſſe Cæſaris filium quam fratrem aut nepotem. hæc Eraſmus in Apopht. Auguſti Cæſaris.

Etſi vero ſimilitudo non arguat filialitatem, ſuſpicioné tamen aliquã arguit, qñ res agitur apud eos, qui eodé in loco cõmorarentur, & conſtet virum mulierem iſtam deperiſſe & rem cum ea habuiſſe.

Itaque ſimilitudo oris ſola coniecturam non facit, ſed qualemcunque ſuſpicionem vt ſcribunt Menoch. *d. caſu 89.* & Alciatus *Reg. 3 præſumpt. 7.*

Lit. G. Qu. 23. *An partus monſtroſi & portentoſi ſint liberi appellandi?*

Partus monſtroſi ac portentoſi anne liberi dicendi ſint, quæritur? Negat Paulus Iuriſconſultus *in leg. 14. Digeſt. de ſtatu homin.* Non ſunt, inquiens, liberi, qui contra formam humani generis conuerſo more procreantur, veluti ſi mulier monſtroſum aliquid aut prodigioſum enixa ſit.

Et ſane fieri non poteſt vt homines dicantur qui contra formam humani generis nati ſunt.

Sed huic grauiter aduerſari videtur Vlpianus *in leg. 135. de V. ſignif.* vbi ita ſcribit: quæret aliquis, ſi portentoſum, vel monſtroſum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem viſu vel vagitu nouum non humanæ figuræ, ſed alterius magis animalis, quam hominis partum; quia enixa eſt, prodeſſe ei debeat, & magis eſt, vt hæc quoque parentibus proſint; nec enim eſt quod illis imputetur, quæ qualiter potuerunt, ſtatutis obtemperauerunt, neq; id, quod fataliter acceſſit, matri damnum iniungere debet.

Ecce hic aſſeritur expreſſe quod partus portentoſi, monſtroſi vel debiles liberent parentes à pœnis orbitatis & caducitatis, ac proſint matri vel patri libertinæ conditionis, vt ex lege Iunia fierent Iuris Quiritium capaces. Quare non videtur verum quod ſupra *in d. l. 14.* Paulus ſcribit: *non eſſe homines, qui contra formam humani generis procreantur.*

Veruntamen hæc reſponſa Iuriſconſultorum ita vulgo conciliant, vt partus quidem monſtroſi non habeantur liberorum loco *dict. leg. 14.* proſint tamen matri, non quia ſint liberi, ſed quia mater enixa eſt, & ideo non ei imputari debet, quod non fuit in ipſius poteſtate, ſed fato accidit. Pacius *cent. 1. q. 25.*

Idem quoque dicendum cum ex *l. 3 in fine C. de poſthum. hered. inſtit.* obiicitur, quod poſthumus naſcens ita demum rũpat teſtamentum paternum, ſi viuus naſcatur & neque ad monſtrum vel prodigium declinet.

Nam diuerſæ & ſeparatæ quæſtiones ſunt, an partus, qui ad monſtrum vel prodigium declinat, parentibus proſit ad effugiendum illas pœnas, quæ lege Iulia Papia in illos ſunt conſtitutę qui cœlibem vitam agerent, vel contractis nuptiis nullas proles, vel non tot numero, quot definiebantur, vt quis ex teſtamento extranei capere poſsit, hic enim qualemcunque partum ſufficere, non idem tamen probandum eſſe, ſi de iure ſucceſsionis tractaretur; tunc enim huiuſmodi partus monſtroſi in conſideratione non ſunt.

Sic etiam ſi quis hominem huiuſmodi monſtroſum occiderit, non, vt homicida tenetur *l. quod dicitur. 12. ff. de li. & poſth. heredib. inſtituend.*

Illud indubitatum eſt, quod ſi partui forma humana adſit, atque ita formatus natura ſit, vt ſumma ſit in eo proportio, reſpondeantque viciſsim ſingula membra, ſed aliquid deſit vel ſuperſit, vt ſi vnica manu vel tribus prodierit inter liberos connumeretur.

Idque *in d. l. 14.* expreſsit Paulus: Partus, inquiens, qui membrorum humanorum officia ampliauit, aliquatenus videtur effectus, & ideo inter liberos connumerabitur.

Lit. H. Qu. 24. *An poſthumus liberorũ appellatione veniat?*

Is quoque qui in vtero eſt liberorum appellatione continetur. *§. cum autem. Inſt. de tutel.* & pro nato habetur, quotiens de ipſorum commodo agitur. Vlpianus: *qui in vtero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quotiens de commodo ipſius partus quæritur l. 7. de ſtat. homin.*

Et

Et quanquam in rerum natura non ſit, qui in vtero eſt: *in toto tamen penè iure ciuili intelligitur in rerum natura eſſe: nam & legitima hereditates his reſtituuntur, & ſi prægnans mulier ab hoſtibus capta ſit, id quod natum eſt poſtliminium habet*, ſcribit Iulianus *in l. 26. ff. eod. tit.*

Non igitur obſtat quod partus non editus homo non eſſe dicitur in *l. 9. in fine. ff. ad L. Falcid.* Vnde dicendum videtur, quod pro iam natis haberi non poſſint: nam hoc ita eſt, veritate inſpecta, ac procedit quando de damno poſthumi quæritur: at iſta fictio, de qua modò dictum eſt, fit fauore illius, qui & homo & ciuis futurus eſt: nam & natura & lex ſemper benè ſperant, & abominantur metum abortus.

Alii tamen non proſunt qui in vtero ſunt, nec reſpectu aliorum pro iam natis habentur; id quod diſertè expreſſit Paulus in *d. l. 7. Quanquam*, inquiens, *alii, antequam naſcatur, nequaquam proſit.* Et ratio hęc eſt, quod hoc ſit ſingulare ac perſonale poſthumi priuilegium, quod in vtero exiſtens pro iam nato habetur: at priuilegia & beneficia perſonalia ad alios non extenduntur *l. 13. ff. ſolut. matrim. l. 42. de admin. tut.*

Obiicitur *l. fin. ff. de collat.* in qua ita Paulus: *Si prægnantem quis vxorem reliquerit & ea ventris nomine in poſſeſſionem miſſa fuerit. Interim ceſſat collatio: nam antequam naſcatur, non poteſt dici in poteſtate morientis fuiſſe; ſed nato conferetur.*

Sed Cuiacius reſpondet, iſtam *l. vlt.* pertinere ad temperamentum *l. penult. ff. de ſtat. homin.* vbi dicitur, *eum qui in vtero eſt, in toto* Pene *iure ciuili pro nato haberi.*

Autor noſter reſpondet, verum paulò obſcurius, in *d. l. vlt.* vnam perſonam eſſe diuerſimodè conſideratam, naſciturum & natum.

Quæ reſponſio, ſi eius mentem rectè aſſequor, eadem eſt cum Antonii Fabri, qui ait, legem habere poſthumum pro nato, ſi tamen poſtea quandocunq; naſcatur *l. 18. ff. quando dies legat.* non vt ei hereditatem ſtatim deferat, ſed hactenus vt interim ſuſpendat delationem, quam non poſſet ſuſpendere, ſi non haberet poſthumum pro nato, quoniam inſpicit lex quis proximus ſit tempore mortis *l. 2. §. pen. ff. de ſuis & legitim.*

RESOLVTIO THESIS SEXTÆ.

PRęter liberos naturales, quos ex iuſtis nuptiis procreauimus, in poteſtate noſtra ſunt legitimati & adoptati: vt enim matrimonium cauſa efficiens eſt poteſtatis patriæ: ita quoque legitimatio & adoptio. *Litera A.*

Legitimatio hic ab autore noſtro definitur *Legis actio, qua liberi naturales conſentientes, vel ſi eius ætatis ſint, vt conſentire nequeant, poſtea id ratum habentes legitimantur.* Cuius definitionis ſingula membra nobis conſideranda ſunt.

Dicitur primò legis actio, ideo quia ſola lege ciuili nititur, cum in nuptiis natura, lex & hominis factum concurrant.

Legitimationem vero niti æquitate Autor noſter exinde oſtendit, quod naturâ talibus nihil quicquam imputari poſſit, cum & natura hunc defectum aliis donis ſæpiſſime compenſet illorumq; ſpuriorum, qui & virtute & eruditione præ aliis conſpicui fuerunt, prolixum catalogum recitat Andreas Tiraquell. *de nobilit. cap. 15.*

Tum etiam quod lex quæ iuſto matrimonio natum potuit facere legitimum, eadem quoq; efficere potuerit vt naturalis certis modis, ſiue ſolennibus interuenientibus, pro legitimo haberetur.

Eſt porrò talis actio legitima, qua filii Natvrales efficiuntur legitimi. Naturales liberi illi dicuntur quos natura ſolum, non etiam ius ciuile agnoſcit: hic verò illi naturales intelliguntur liberi qui ex concubina ſunt nati, ſiue, vt Iuſtinianus *Litera B.*

 loquitur,

loquitur, qui ex ea muliere ſunt procreati, cuius matrimoniũ legibus minime interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudinem habuerat; ſic autem dicuntur ad differentiam inceſtuoſorum & adulterinorum: quanquam enim & hi naturâ habent patrem, eum tamen habent quem nullo modo legitimo habere poſſent.

Litera C.
Qu. 25. *An ad legitimationẽ requiratur conſenſus liberorũ legitimãdorum?*

Additur in definitione conſentientes legitimari; hoc quippe confirmat disertè *l. fin. Digeſt. qui ſui vel alieni iuris.* vbi Modeſtinus ait: *Inuiti filii naturales vel emancipati non rediguntur in poteſtatem patriam.*

Non equidem me latet Franciſc. Connanum hanc *l. vlt.* interpretari de liberis iuſtis & ciuilibus, qui prius in poteſtate parentis extiterint, ſed alio, quàm emancipationis modo è poteſtate eius exierint, quia redigi propriè illi dicantur, qui in poteſtate prius extiterint. Verum leue eſt hoc argumentum, quia conſtat ex *l. fin. de adopt.* eos quoque redigi in poteſtatem qui prius in ea fuerint.

Pro eadem ſententia facit quoque *Nouell. 89. cap. 11.* vbi Imperator ſcribit: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictos modos deducuntur ad legitimum ius, tunc hoc volumus obtinere, dum & filii hoc ratum habuerit: nam ſi ſoluere ius patriæ poteſtatis, inuitis filiis, non permiſſum eſt patribus, multò magis ſub poteſtate redigere inuitum filium & nolentem, ſiue per oblationem ad curiam, ſiue per inſtrumentorum celebrationem, ſiue per aliam quamlibet machinationem, tanquam ſortem metuentem paternam, iuſtum non eſt, neque imperii & legiſlatoris ponimus proprium.*

Accedit his quoque ratio: quod inuito neque ab homine, neque à lege vllum beneficium detur *l. penult. C. de pact. cap. Inuito de reg. iur. in ſext.*

Cui etiam hæc addi poteſt ratio, quod etſi beneficium videatur eſſe legitimatio, multa tamen viciſſim ſecum ferat onera & incommoda: vniuerſa videlicet illa, quæ patriam ſequuntur poteſtatem, de quibus ſupra dictum fuit.

Non obſtat 1. quod publicè interſit filios legitimari per ſubſequens matrimonium *cap. inter cætera. cauſa 22. quæſt. 4.* Igitur non poſſint liberi vtilitati huic & commodo publico renunciare *arg. c. ſi diligent. de foro competente.*

Ad hoc enim reſpondeo, primò ac principaliter legitimationem ſpectare ad rem familiarem ipſius legitimati, conſequenter ſolum ad vtilitatem publicam: atqui certum eſt quod illis renũciare poſſimus, quæ ad rem noſtram familiarem ſpectant *l. 7. §. 14. ff. de pact.*

Pariter non refragatur quod non patris voluntas, ſed lex faciat, vt per ſequens matrimonium liberi legitimentur *c. tanta. qui filii ſint legitimi.* igitur filii ſuo diſſenſu non poſſint hanc legis voluntatem impedire.

Reſpond. Nam bene Fachineus reſpondet, ex legis quidem voluntate legitimationem filiorum oriri, ſed inde non ſequi, quod ei propterea renunciari nequeat: quia quod in alicuius commodum lex ſtatuit, id repudiare poteſt *arg. d. l. pen. C. de pact.*

Sed quæritur porrò anne ad huiuſmodi filiorum legitimationem agnatorum quoque & cognatorum conſenſus deſideretur?

Placet vero affirmatiua opinio; tum quia agnatis & cognatis nullum ius in bonis legitimantis, adhuc viuentis, quæ ad legitimatos per legitimationem deuoluuntur, quæſitum eſt: ſiquidem illis quoq; penitus excluſis, potuiſſent extraneo bona ſua relinquere *l. 27. Cod. de inoff. teſt. §. 1. verſ. vltra. Inſt. de inoffic. teſtam.* adeòque illis nullum præiudicium generatur legitimatione: tum quia ad adoptionem, qua itidem ſucceſſor conſtituitur adoptatus, non eſt neceſſarius conſenſus agnatorum *l. 7. ff. de adopt.* tum quia pater de bonis ſuis liberè diſponere poteſt *l. 21. C. mandati.*

mandati. tum deniq, quia, deficiente prole legitima, patri liberum eſt naturales liberos ſibi in teſtamẽto ſucceſſores ac heredes conſtituere. *Nou. 89 c. 12.*

Hinc igitur nobis nõ refragatur quod agnati defuncto ab inteſtato ſuccedant *Nou. 118. c. 3.* atque ideo ipſis legitimatione plurimum præiudicetur: nam ius iſtud quod agnati habent in bonis agnati viuẽtis, eſt ius in ſpe duntaxat, quod, vt præcedentibus rationibus euincitur, in cõſiderationem non venit, nec poteſtatẽ de bonis liberè diſponendi agnato adimit.

Non etiam aduerſatur quod pater, inuito ſuo filio, non poteſt in nepotẽ adoptare, ſed filius in hanc adoptionẽ cõſentire debeat *§. ſed ſi quis in nepotis. I. de adopt.*

Reſp. Nam ratio hęc eſt, quia ex tali adoptione filio inuito heres acquireretur, quem nolens volens admittere poſtmodum ad ſuam ſucceſſionem cogeretur, adeoq́; per huiusmodi adoptionem plurimũ præiudicaretur filio, quæ ratio redditur à Iuſtiniano in *d. §. ſed ſi quis.*

Illud certum eſt quod legitimatio iſta, ſine conſenſu agnatorum facta, effectum hunc non habeat, vt legitimatus ſuccedat ipſis quoq, agnatis; ſed ad hunc effectum neceſſarius eſt ipſorum quoq; agnatorum conſenſus *arg. d. §. ſed ſi l. 10. & ſeq. ff. de adopt.*

Litera D. Additur quoque in definitione, vel ſi eius ætatis ſint, vt conſentire nequeant, poſtea id ratum habentes, quia cum de ipſorum qui legitimantur, maximo agitur præiudicio, vt qui poteſtati patris per legitimationem ſubiiciantur, idcirco ipſorum conſenſus, aut quæ conſenſui ęquiparatur, ratihabitio, neceſſaria eſt, maxime cum regula ſit, quod inuiti filii naturales in poteſtatem non redigantur *l. fin. ff. de his qui ſui.* Quod ipſum quoque confirmat exemplum adoptionis, ad hanc quippe requiri conſenſum adoptati, extra controuerſiam poſitum eſt; & tamen infantem quoque adoptari poſſe, dicitur in *l. 24. ff. de adopt.* Ex quo ſequitur quod eius deſideretur ratihabitio cum ad eam peruenerit ætatem, qua conſentire poteſt.

Legitimationis olim tres fuerunt ſpecies, quarum prima fiebat per oblationem curiæ, ſecunda per ſubſequens matrimonium & tertia per reſcriptum principis. Per oblationẽ curiæ tunc legitimabantur liberi naturales, quando pater illos, muneribus curialibus obeundis, offerebat curiæ: etenim curialium munus admodum fuit oneroſum, in tantum vt ab ethnicis & impiis Imperatorib. Chriſtiani pœnæ loco curiis addicerẽtur, referente Caſſiod. *lib. 1. hiſt. trip. c. 9. lib. 6. c. 7. libr. 7. c. vlt.* & propterea leges curialibus varia indulſerunt priuilegia, quibus ad munera iſta curialia ſuſcipienda multi inuitarentur, qui alias ſponte ea non fuiſſent ſuſcepturi. Inter ea vero & hoc priuilegiũ illis datum fuit, vt liberi naturales curiis à parentibus oblati, legitimorum liberorum nomen & ius conſequerentur, ſuiſq́ue parentibus vnâ cum liberis legitimis ſuccederent. *§. quibus connumerari. Inſtit. de hered. quæ ac inteſt. defer. Nouell. 89.*

Cæterum hæc legitimatio expirauit, Republica mutata, atque muneribus iſtis curialibus ſublatis.

Vſitatiſſimus verò eſt hodie mod⁹ naturales legitimandi per ſubſequẽs matrimonium, quo quis eam ſibi coniugio copulat, ad quã prius conſuetudinẽ habuerat & ex qua prolẽ ſuſceperat, nec matrimonio eius ipſi interdictũ erat. *§. fin. Inſt. de nupt. Nouell 89. l. 10 C. de naturalib lib.* Cuius legitimationis tanta vis eſt, vt legitimati pro legitimis habeantur *cap. tanta extra, qui filii ſunt legitimi.* In poteſtate patris ſint non minus atque ex iuſtis nuptiis procreati; illis in ſucceſſione non modò inteſtati, ſed teſtati quoque per omnia comparentur & æquiparentur. *§. 2. Inſtitut. de hereditat. quæ ab inteſtat. Nouell. 18. capit. primo.* Sed vtrum in Emphyteuſin quoque bonaque feudalia ſuccedant, inſtar legitimorum, dixi in *tr. feud. c. 10.*

Quæ. 26 *An per ſubſequẽs matrimoniũ legitimatus ſuccedat in bona feudalia?*

Digitized by Google

c. 10 pag. 208. Ad hanc verò legitimationem dotalia requiri inſtrumenta docet Iuſtinianus in *d. §. fin. inſt. de nupt. & §. 2. Inſtit. de heredib quæ ab inteſtat. defer.* Idemq; ſæpiſſimè repetit atque inculcat, vt in *l. 10. l. 11.* C. *de naturalib. lib. Nouell. 89. c. 11. Nouell. 74. c. 4. & paſſim.*

Nec repugnat quod nuptias conſenſus facit, nec ad perfectionem earum quicquam, præter conſenſum, deſideretur, *l. nuptias 30. ff. de reg. iur.* atque dos quidem ſine matrimonio eſſe nequeat, matrimonium verò ſine dote atque dotalibus inſtrumentis ſubſiſtat *l. 3. ff. de iure dot. l. fin.* C. *de donat. ante nupt.*

Reſp. Non enim dotalia inſtrumenta ad matrimonium, ſed ad legitimationē, quæ fit per ſubſequens matrimonium, deſideramus; ſiue, quod eodem recidit, inſtrumenta dotalia non ſimpliciter ad matrimonium requiruntur; ſed ad hunc ſolum effectum, vt qui ante illud ex concubina ſunt procreati, nunc legitimi efficiantur. Quare committitur fallacia plurium quæſtionum, quia alia eſt quæſtio, an ſine dotalibus inſtrumentis matrimonium ſubſiſtat? Et rurſus alia; an per matrimonium liberi, ante illud ex concubina ſuſcepti, ſine dotalibus inſtrumentis legitimentur: prius concedimus; poſterius negamus.

Sic etiam non refragatur, quod obiicit Donellus, beneficium legitimationis nō tribui doti, nec dotalibus inſtrumentis, ſed coniunctioni legitimæ, ſiue matrimonio, quod nec dotem requirit, nec dotalia inſtrumenta, ſed ſolo conſenſu perficitur, *d. l. 30 de reg. iur.*

Reſp. Tribuitur enim hic quidem effectus matrimonio, ſed ita, ſi dotalia ſiue nuptialia acceſſerint inſtrumenta, *d. §. fin. Inſtit. de nupt. d. l. 6. l. 10. l. 11. C de naturalib. lib.* Seu, quod idem eſt, tribuitur legitimatio liberorum non ſoli matrimonio, nec ſolis dotalibus inſtrumentis; ſed matrimonio & nuptialibus inſtrumentis ſimul; quamuis principaliter matrimonio.

Non obſtat etiam, quod Iuſtinianus olim dotalia inſtrumenta confici idcirco voluerit, quia affectio illa maritalis, qua quis concubinam fuerit complexus atq; conſenſus vix aliunde probari potuerit, quam per inſtrumenta dotalia; adeoque hæc olim probationis duntaxat cauſa requiſita ad legitimationem fuerint, quo ex illis conſtaret matrimonium contractum atque perfectum eſſe: hodiè autem, poſtquam ad coniugium copulatio & benedictio publica atq; ſacerdotalis, ex conſuetudine Eccleſiæ, requiritur, atque ex hac de coniugio contracto ſatis euidenter cōſtare poſſit, idcirco vel hodie non amplius neceſſaria eſſe dotalia inſtrumenta.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat: Primo enim negamus ad probationem ſaltem initi coniugii inſtrumenta dotalia requiri: nam quod ad formam legitimationis deſiderentur, textibus paulò ſupra adductis plus quam perſpicuè probari puto. Deinde ſi idcirco ad matrimonium, quo fit legitimatio, requiruntur dotalia inſtrumenta, quia ſine illis vix probari olim potuerit maritalis affectio atq; in matrimonium conſenſus, ſequitur quod & alias ad quoduis coniugium neceſſaria fuerint dotalia inſtrumenta, quo nempe de eo contracto conſtare poſſet: at hoc poſterius falſum eſt, fatente ipſomet Donello: ſequitur itaque falſum eſſe & prius.

Non obſtat denique *cap. tanta extra, qui filii ſint legitimi* Ex quo plerique euincere conantur, ad legitimationem, quæ per ſubſequens fit matrimonium, non requiri dotalia inſtrumenta: ſunt etiam, qui hoc textu moti diſtinguant inter ius ciuile & canonicum, quaſi eo iure quidē neceſſaria ſint dotalia inſtrumenta, ſecus vero iure canonico: verum, ad rem non facit iſtud *cap. tanta.* ſiquidem in eo nec expreſſe diſponitur, quod legitimatio abſque dotalibus inſtrumentis celebrari queat;

queat; nec quicquam in eo habetur, ex quo illud vel probabili aliqua ratione elici poſſit: id enim ſolum ibi Pontifex ſancit: *Tantam eſſe vim matrimonii, vt qui antea ſunt geniti poſt contractum matrimonium legitimi habeantur*: nec obſtat, quod Pontifex nullam mentionem facit inſtrumentorum dotalium, nec ea expreſſe requirit; ſed effectum legitimationis matrimonio adſcribit.

Reſp. Non enim propterea Pontifex inſtrumenta neceſſaria eſſe negat: nec matrimonio, niſi ſub conditione hac; ſi dotalia inſtrumenta conſcripta fuerint atque confecta, vim & effectum legitimationis attribuit: in dubio quippe ſacri canones non cenſentur à legibus ſecularibus recedere; ſed eas ſequi & imitari *arg. c.1. de Nov. oper. nunc.*

Quæ. 27 *An procedat legitimatio, ſi mulier tempore natiuitatis in vxorem habere potuerit, quãuis tempore conceptionis duci nequiuerit?*

Cæterum quod dixi, ad hanc legitimationem, quę fit per ſubſequens matrimonium, requiri vt patri legitimanti non fuerit matrimonium interdictum cum ea muliere, ex qua ſobolem nunc legitimandam procreauit, ſic intelligendum eſt, vt ſufficiat, ſi matrimonium tempore natiuitatis liberorum cum ea contrahi potuerit, etiãſi tempore conceptionis conſiſtere cum ille coniugium non potuerit.

Etenim vt quis liber & ingenuus naſcatur, ſufficit matrem liberam eſſe natiuitatis tempore, etſi ancilla fuerit tempore conceptionis *l. 5. ff. de ſtatu homin. pr. Inſt. de ingenuis* & dixi *Theſi præcedente lit. D.*

2. Quin etiam apertiſſima conſtitutione hoc Imperator ſanciuit in *l. generaliter C. de Naturalibus lib. & generaliter*, inquiens, *definimus & quod ſuper huiuſmodi caſibus variabatur definitione certa concludimus, vt ſemper in huiuſmodi quæſtionibus, in quibus de ſtatu liberorum eſt diſputatio, non conceptionis, ſed partus tempus inſpiciatur.* Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus ſtatuamus eſſe inſpectandum, exceptis iis tantummodo caſibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis vtilitas expoſtulat.

Obiicitur *l. Paulus 11. ff. de ſtatu homin.* vbi *eum*, inquit, *viuente patre & ignorante de coniunctione filiæ conceptus eſt, licet poſt mortem aui natus ſit, iuſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, non videri*: Ex quo colligunt vulgo diſſentientes conceptionis tempus inſpici, vt ſi eo tempore valuit matrimonium, filii legitimi ſint; ſi non valuit eo tempore, licet valuerit tempore, quo nati ſunt filii legitimi nõ ſint, quia macula ex conceptione, non natiuitate contrahitur.

Et quanquam poſt Didacum Couarruviam reſpondeat Fachineus, idcirco iſtam *l. 5.* non obſtare, quia in caſu ibi propoſito nec tempore natiuitatis matrimonium fuerit legitimum, quia etſi potuerit, tunc contrahi legitime, tamen contractum prius eo tempore, quo minimè licebat, non fuerit nouo conſenſu legitimo tempore confirmatum.

Veruntamen hanc reſponſionem reiicit Sarmientus, propterea quia licet ſola morte patris non firmetur: ex priori tamen voluntate, ſi non contradicant confirmetur illud matrimonium; idque probari ait *l. eos. Digeſt. de rit. nupt.* in qua Paulus Iuriſconſultus ita ſcribit: *Etſi contra mandata contractum ſit matrimonium; in prouincia tamen poſt depoſitum officium, ſi in eadem voluntate perſeuerauerit iuſtas nuptias effici, & ideo poſtea liberos natos ex iuſto matrimonio legitimos eſſe.* Et Vlpianus in *l. ſi quis in ſenat. Digeſt. eodem titulo.* Si quis in ſenatorio ordine agens libertinam habuerit vxorem, quamuis interim vxor non ſit, attamen in ea conditione eſt, vt ſi amiſerit dignitatem, vxor eſſe incipiat.

Inſuper ſi in caſu *d. l. Paulus.* nunquam conſiſteret matrimonium, inepta quæſtio eſſet, an ex matrimonio, quod nunquam valuit, fiant legitimi filii. Ex hiſce

igitur fundamentis dicendum videtur Sarmiento, quod licet in caſu *d. l. Paulus.* matrimonium ſubſiſtere non potuerit tempore conceptionis, ſubſiſtere tamen potuerit tempore natiuitatis.

Et profecto hiſce rationibus adeò mouetur Didacus Couarruvias, vt ingenuè profiteatur, ſe dubium eſſe an prior opinio ſit vera.

Sed his rationibus non obſtantibus, veram eſſe opinor Fachinei & Couarruuiæ ad *d. l. 11.* reſponſionem ſupra adductam: etenim cur in caſu ibi propoſito matrimonium, quod ab initio, vtpote ſine parentum conſenſu initum, non valuit, morte aui non conualeſcat, ratio hæc eſt quod duret adhuc iniuria auo facta, eo quod ipſius à filia neglectus fuerit conſenſus, & nepos ſi legitimus eſſet in bona aui aliquando vel mediate, vel immediatè ſuccederet. Quæ ratio deficit in legibus modò ex Sarmiēto adductis. Quanquam dubitandum non ſit, poſt mortem aui poſſe eos, qui prius ſeſe illegitime coniunxerant, matrimonium de nouo contrahere.

Obiicitur deinde ſententiæ noſtræ *l. ex libera Cod. de ſuis & legit. hered.* In qua dicitur: *Natum ex ſeruo & libera eſſe ſpurium, quamuis poſtea patri libertas superueniat & natalium reſtitutio, quod non alia ratione fieri poteſt niſi quia primum tempus eſt inſpiciendum.*

Sed & hic vtroque tempore conceptionis & natiuitatis matrimonium erat illegitimum, nec ſubſiſtere poterat, quia expreſsè proponitur, NATVM fuiſſe ex ſerua & libera ſpurium. Deinde reſpondet Fachineus, eam legem ex libera non negare per matrimonium ſubſequens legitimari ſpurium, ſed negare quod per natalium reſtitutionem liberi legitimentur, quod à propoſita quæſtione planè eſt alienum.

Idem planè reſpondetur *ad l. etſi contra Cod. de nupt.* Nam argumentum à contrario ſenſu ex ea contra expreſſum textum *d. l. naturalitex.* deductum nihil probat.

Poſtremus modus legitimandi liberos naturales fit per reſcriptum principis, quo princeps naturalem filium iubet haberi pro legitimo: atque hæc legitimatio fit vel immediate ab ipſo principe vel mediate per Comitem Palatinum cui legitimandi poteſtatem princeps dedit; qui tamen eandem poteſtatem alii mandare non poteſt: eſt quippe legitimatio actus legitimus, vt ſupra oſtenſum fuit, ſub *h. theſ. liter. A.* Atqui legis actiones ſeu actus legitimi non poſſunt aliis demandari *l. 2. & 3. Digeſt. de offic. proc.* & dicetur prolixius infra in *diſputat. 27. theſ. 4. lit. A.*

Sed vtrum Comites Palatini, quibus que legitimandi poteſtatem Imperator conceſſit, proprios ſpurios & naturales legitimare queat? non eſt ſatis expeditum. Quæ. 28 *An Comites Palatini poſſint proprios ſpurios legitimare?*

Etenim negativuam tuentur Gailius *2. obſeruat. 142.* Gloſſ. *in capit. per venerabilem. qui filii ſunt legitimi.* quibus & Autor noſter ſubſcribit: fundamentum illorum hoc eſt, quod legitimatio ſit iuriſdictionis, & legitimare ſit ius dicere: nemo autem ſibi & ſuis ius dicere poſſit *l. 10. ff. de iuriſdict. l. 13. §. fin. & l. 14. ff. ad Senatusconſ. Trebell.*

Sed affirmantium ſententia hoc nititur fundamento, quod quiſque magiſtratus apud quem adoptio, vel emancipatio fieri poteſt, poſſit apud ſeipſum alii in adoptionem dare, vel adoptare, filioſque ſuos emancipare *l. 3. & l. 4. Digeſt. de adopt. l. 3. ff. de offic. proconſ.* Ratio proinde nulla foret, cur legitimare ſuos naturales non poſſet, cui legitimandi ius competit.

Vdalricus Zaſius in *dict. l. 10. num. 22. de Iuriſdict.* Iaſonem ſecutus, diſtinguit, vt ſi legitimatio fiat ſine cauſæ cognitione, quia nullius præiudicium in ea vertitur, tunc legitimatio propriorum ſpuriorum à Comi-

à Comite Palatino fieri poſſit. Sin vero cauſæ cognitio ad legitimationem deſideretur, tum Comes Palatinus non poſſit proprios naturales legitimare.

Ego hanc diſtinctionem puto eſſe veriſſimam: etenim quod ſupra pro priori negatiua adducebatur, quod ſibi & ſuis nemo poſſit ius dicere ex *l.10.de iuriſdict.* ad hoc reſpondeo, intelligendum id eſſe de contentioſa iuriſdictione quæ in inuitos & cōtendentes exercetur in iudicio: non autem de voluntaria quæ in volentes ſolum exercetur.

Hinc igitur ſi in legitimatione nullius vertatur præiudicium, nec quiſquam exiſtat contradictor, tunc illa coram ipſo comite Palatino fieri poterit, cum ſit iuriſdictionis voluntariæ: voluntaria autem iurisdictio in proprio ius dicentis facto exerceri poteſt. Sin verò cauſæ cognitionem requirat legitimatio, & ſit aliquis qui contradicat legitimationi, tum apud ſemetipſum Comes Palatinus exercere nequit, cum iſto caſu non ſit iurisdictionis voluntariæ, ſed contentioſæ.

Vtrum porrò filii naturales in miniſterium principis dati hoc ipſo efficiantur legitimi? quæritur. Equidem vulgo interpretes, ſecuti Accurſium, exiſtimant hoc affirmandum propterea, quod olim curiæ oblati, ipſa oblatione effecti fuerint legitimi, eo quod ſic publico conſulatur bono. Veruntamen non iniuria hæc Accurſii traditio Autori noſtro diſplicet, ideo quia diuerſiſſima eſt ratio oblationis curiæ & dationis in miniſterium principis: ideo enim dictum eſt curiæ oblatos legitimatos olim fuiſſe, quia curialia munera, vtpote valde oneroſa, & plus oneris, quam honoris continentia, nemo facile vltro ſuſcipiebat aut ſuſcipiendis illis ſeſe offerebat: quo igitur ad ea ſuſcipienda homines inuitarentur & allicerentur propoſitum fuit inter alia priuilegia, munera curialia ſuſcipientibus, vt hoc ipſo legitimi efficiantur, ſi naturales & ex concubina procreati eſſent. Quam rationem in illis, qui in miniſterium principi dātur, maniſeſtiſſimè deficit: quocirca male Accurſius legitimationem, quæ fit per curiæ oblationem, ad eos extendit, qui in principis miniſterium dantur.

Si in ciuitate aliqua ſtatutum vigeat, vt extantibus maſculis, fœminæ ad ſucceſſionem non admittantur, quæritur: anne tunc per principis reſcriptum legitimatus à ſucceſſione fœminam excludat?

Equidem ſi quis liberos habuerit naturales cuiuscunque ſexus, non poteſt naturales principis reſcripto legitimare, vt expreſſe cautum & conſtitutum eſt Iuſtiniani conſtitutione in *Nouell.89.capit.9.* Quocirca ſi quis filias habens, naturalem ſuum filium per principis reſcriptum legitimari curet, & non ſolum per legitimatum iſtum non excluduntur à ſucceſſione filiæ, ſed etiam legitimatio hoc caſu nullius erit momenti.

Quod ſi vero quis nullas adhuc filias habens, legitimet per principis reſcriptum naturalem, prius ex concubina ſuſceptum, tunc legitimatum filias, poſtea natas, excludere, vigore iſtius ſtatuti, certum mihi & indubitatum videtur. Idque propterea quod Iuſtinianus ſub finem *d. cap.9.* diſerte ſcribit: per principis reſcriptum legitimatos à legitimis nihil differre: ſicut igitur legitimi ex ſtatuto excludunt filias, ita quoq; legitimati.

2. Quia hodie omnes indiſtinctè liberi in ſucceſſione inteſtati æquiparantur *Nouell. 118. cap. 1.* Ideo quod ius legitimi filii habent in ſucceſſione, idem quoque tribuendum legitimatis per principis reſcriptum.

Non obſtat quod verba ſtatutorum ſtrictè ſint intelligenda: atqui legitimati proprie non dicantur legitimi, ſed fictione quadam. Ideo in ſtatuto, de

legitimis filiis loquente, non poſſint intelligi legitimati.

Reſpond. Etenim filii legitimati proprie dicuntur legitimi, cum etſi legitimi non ſint nati, effecti tamen non ſunt legitimi per principis reſcriptum. Et quod princeps ſuo reſcripto poſſit ex illegitimis facere legitimos, exinde conſtat, quod cum filii ex cōcubina procreati natura nihil quicquam differant à legitimis, ſed differentia omnis deſcendat ex iure ciuili, adeoque eo ſolo iure pro illegitimis habeantur; ideo princeps poſſit circa ius ciuile diſpenſando tollere differentiam iſtam, & eos reuera ſuo reſcripto efficere legitimos.

Non obſtat præterea quod verba iſta ſtatuti, *exiſtentibus filiis legitimis & naturalibus maſculis*, videntur eſſe accipienda de legitimis qui naſcuntur ex legitimo matrimonio: non autem de his, qui fiunt à principe, argum. *l. vltim. Cod. de his qui ven. ætat.*

Reſp. Nam continet hoc manifeſtiſſimam petitionem principii. Quod enim & illi qui legitimantur à principe, verè legitimi ſint, & conſequenter illis ſtatuti verbis contineantur, modò oſtenſum fuit.

Non reſiſtit etiam *Nouell. cap. 3.* vbi ita Iuſtinianus ſcribit. Si quis igitur naturalis ſecundum hoc ſchema oblationis fiat curialis, erit patri, & ab inteſtato ſucceſſor, & ex voluntate nihil diſſimilis legitimis & ex donatione percipere poterit patris, ita tamen, vt non amplius habeat vno eorum, qui ab initio legitimi ſunt, & inter omnes minus habente.

E quibus verbis poſtremis male colligit Fachineus quod ſi legitimati non debeant amplius habere quam vnus ex legitime natis, tum non poſſint legitimati excludere legitimos; nam præterquam quod ille textus *dicto capit. 3.* de legitimatis per oblationem curiæ conceptus eſt, neceſſario etiam ſic intelligendus eſt, quod legitimatus non debeat in ampliorem partem ſuccedere cum illis legitimis qui vnâ cum ipſo iure ſuccedere debent; ſic vt ſi ſuccedat cum legitimis ampliorem partem hereditatis non nanciſcatur, quam vnus legitimorum: at caſu noſtro legitimatus cum filiabus legitimis non ſuccedit, ſed eas excludit, vi & vigore ſtatuti.

Sic etiam non ſequitur legitimi filii cum filiabus hodie ex Iuſtiniani Nouella conſtitutione in partes æquales ſuccedunt: ergo ex prædicto ſtatuto filii legitimi non excludunt filias.

Cæterum illud obſeruandum Andream Fachineum, qui de hac quæſtione diſſerens multa inutiliter in medium adfert plane à ſcopo aberrare, dum eo caſu quo tempore legitimationis filiæ legitimæ iam extiterunt, negat legitimatos excludere filias: hoc quippe dubium planè nullum habet, nec, mea opinione à quaquam in controuerſiam vnquam reuocatum fuit.

Non ſolum autem filios naturales ac ſpurios, ſed etiam ex damnato coitu natos princeps legitimare poteſt: quoniam natura & iure naturali omnes liberi ſunt legitimi. differentia vero inter legitimos & ex damnato coitu natos ex iure duntaxat ciuili procedit: at circa ius hoc ciuile princeps poteſt diſpenſare & efficere, vt qui eo iure illegitimus eſt, ſit legitimus *argument. fin. Cod. de legibus.*

Quæ. 29. *An princeps per reſcriptū ſuū poſſit natos ex inceſto & adulterino coitu legitimare?*

Nec ad rem facit quod non poſſit matrimonium conſiſtere cum ea, ex qua liberi iſti, de quibus loquimur, nati ſunt.

Nam hoc non requiritur ad eam legitimationem, quæ fit per reſcriptum principis, ſed ad illam duntaxat, quæ fit per ſubſequens matrimonium.

Nec etiam aduerſatur quod filios, ex damnato coitu natos, veluti adulterinos &

nos &

nos & inceſtuoſos principis clementia indigni dicuntur *in Nouella 89. cap. vltim.* Exinde quippe perperam infertur, principem illos ex clementia legitimare non poſſe; cum & indignis beneficia interdum, præter meritum, ex ſingulari gratia & clementia, à principibus conferantur.

Nec denique obſtat quod talis legitimatio diſpenſatio appelletur *in cap. per venerabilem extr. qui filij ſint legitimi*: nam principem, circa ius ciuile diſpenſando, filios naturales ſuo reſcripto legitimare, adeoque legitimationem hanc, quæ fit per Principis reſcriptum, eſſe nihil aliud quam diſpenſationem, veriſſimum eſt.

Sed an Princeps filium Clerici, vel ſacerdotis legitimare poſſit quæſtionis eſt? Placet Autori Affirmatiua ſententia: tum quia Iuſtinianus *in Nou. 89. cap. 9. in verb.* id aperte his verbis teſtatur: *quid enim ſi ad ſacerdotium alter aſcendat, ſatis oſtendit ſibi competere poteſtatem filium Clerici ſuo reſcripto legitimandi.* Tum quia nullum hic ſubeſt impedimentum: non ex parte perſonæ quia Laicus eſt qui legitimatur: non ex parte bonorum patrimonialium, quia ſunt temporalia, non Eccleſiaſtica. Tum quia, etſi ſacerdotis, ſeu clerici conſenſus requiratur ad legitimationem filii ſui; tamen hoc ipſo conſenſu non prorogat Iurisdictionem ſeculari magiſtratui contra *cap. ſi diligenti. extr. de foro competenti*, quia ſeculari magiſtratui, ſeu principis iurisdictioni ſubiectus eſt filius clerici, in quem ſuam exercet iurisdictionem legitimando; & pater ſacerdos conſentit duntaxat in legitimationem pro ſuo iure & præiudicio, ne ſcilicet inuitus heredem & iuriſdictionem habeat.

Quod vero Canoniſtæ diſſentientes prætendunt, legitimationis huius eum eſſe effectum, vt legitimatus in bonis patris ſui ſuccedat: Bona autem Clericorum exempla eſſe iurisdictione ſeculari: ergo non poſſit legitimatio filii Clerici fieri per reſcriptum Principis.

Reſp. Ad id reſpondetur, Bona Clericorum patrimonialia & temporalia nequaquam eſſe exempta ſecularis magiſtratus Iuriſdictione: nec enim vlla conſtitutio eſt vel ſanctio pontificia quæ huiuſmodi probet exemptionem: hinc etiam Andr. Gail. Cameræ Imperialis obſeruator diligentiſſimus, expreſſe ſcribit: ſi cauſa realis ſit inter clericum & laicum, tum eam tractari debere coram iudice laico, ſub quo res ſita eſt; adeoque nullam omnino exemptionem clericorum, quoad bona illorum patrimonialia agnoſcit.

Poſtremo quæri ſolet, anne Princeps poſſit eos legitimare qui alieni ſunt imperii vel regni? Qu. 30. *An princeps poſſit eos legitimare qui alieni ſunt imperij & Iuriſdictionis?*

Affirmant vulgo Dd. tum quia legitimatio eſt iuriſdictionis voluntariæ: hæc autem iuriſdictio etiam extra territorium ſuum exercere poteſt *l. 2. Digeſt. de offic. proconſul. l. emancipari. Digeſt. de adopt.* Nam quod dicitur *in l. fin. Digeſt. de Iuriſdict.* Extra territorium iuriſdictionem exerceri non poſſe; id de Iuriſdictione contentioſa, non etiam de voluntaria, accipiendum eſt, vt notat Zaſius *ad d. l. fin. num. 16.* Tum quod Princeps Romanus, ſeu imperator ſit dominus mundi *l. 9. ff. ad l. Rhodiam.* Igitur vbiuis locorum ſuam exercere valeat Iuriſdictionem.

Sed Autori noſtro contra negatiua arridet opinio, quam & ego veriſſimam eſſe iudico: quia nemo poteſt ſuam exercere iuriſdictionem in alterius territorii & Iuriſdictionis homines *d. leg. fin. Digeſt. de Iuriſdict.*

Et quanquam diſſentientes reſpondeant, voluntariam Iuriſdictionem in alieno etiam territorio exerceri poſſe: id tamen ad rem parum facit: nam diuerſa hæc ſunt, in alieno territorio voluntariam Iuriſdictionem exerceri poſſe; & in alieni territorii homines voluntariam iuriſdictionem

ctionem poſſe exerceri: in alieno territorio poteſt exerceri voluntaria Iuriſdictio, ſed in homines ſuæ iuriſdictionis; non in homines alieni territorii. Tum etiam idcirco non poteſt alieni regni homines Imperator Romanus legitimare, quia leges Romanæ tantum ad eos ſpectant, qui ſubſunt imperio Romano, vt colligitur *ex l.1.C.de ſumma Trinitate l.1.pr. de Iure vet.ennucl.*

Non igitur obſtat, quod de voluntaria Iuriſdictione, in alieno territorio exercenda, obiectum eſt: nam voluntaria Iuriſdictio exerceri poteſt extra territorium, ſi ea in proprios exerceatur ſubditos.

Non reſiſtit etiam quod aiunt principem eſſe dominum mundi; Hoc enim quomodo intelligendum ſit, dictum eſt ſupra *ſub diſp.*1.

Non denique reſiſtit quod poſſit volens prorogare iurisdictionem *l.16.Digeſt. de Iuridict.* Idque fieri intelligatur, quando quis ſeſe legitimari patitur eiuſdemque parens in legitimationem conſentit: nam prorogatio pertinet ad eum, qui eiuſdem eſt territorii atque eidem principi ſubeſt, ſub quo ordinarius viuit.

RESOLVTIO THESIS Septima.

Lit.A. Qu. 31. *An nepos per aui ſubſequẽs matrimonium fiat auo legitimus nepos, patre iã prædefuncto?*

DE Nepote vtrum per ſubſequens aui matrimonium, patre iam præ defuncto, fiat legitimus, dubitatur? ſed hanc quæſtionem vide tractatam *lib prim. Tract.3.variar.reſolut q 29.*

Lit.B. Legitimatus per ſubſequens matrimonium ſi primogenitus ſit, vtrum iure primogenituræ præferatur legitimo, quærit Treutlerus, & negatiuam tenetur, cui plerique celeberrimi Iuriſconſulti adſiſtunt: mihi tamen non improbabilis videtur diſſentientium opinio: tũ quia legitimati pro legitimis habentur *cap. tanta.extra,qui filij ſint legitimi*, tum quia legitimatus reuera eſt primogenitus: cum nemo ipſum antecedat, nec natura, quod certum eſt, nec etiam iure ciuili, quoniam, vi legitimationis, ſtatim ab initio natiuitatis & eo puncto atque momento, quo genitus eſt, legitimus cenſetur. Tum denique quia *in Nouella 89.capit. Reliqu.* Iuſtinianus inquit, ſemel eos efficientes legitimos, damus habere etiam ſucceſſiones illas, quas habent illi, qui ab initio legitimi ſunt. Et *in cap. Illud eiuſd. Nouell. 89.* expreſſe Iuſtinianus ſcribit, legitimatos à legitimis nihil omnino differre. Quod ſi itaque legitimati eas habent ſucceſſiones, quas legitimi, & ſi ab his nihil legitimati differunt; ſequitur quod ſicut legitimi primogeniti, præ cæteris ſequentibus iure primogenituræ prærogatiuam habent; ita quoque legitimatos primogenituræ gaudere. Vide quæ de hac quæſtione dicta ſunt *lib. tert. tract. 1. q. 27. Variar. reſolut. Iur. Ciuil.*

Legitimatio per reſcriptum principis non procedit, niſi deficientibus filiis legitimis, expreſſum hoc eſt in Nouella Iuſtiniani *89. capit. 9.* Cuius ratio hæc eſt, quod filiis legitimis, quibus ius in hereditate & ſucceſſione paterna, quæſitum eſt, quique viuis adhuc parentibus domini ſunt bonorum paternorum *paragraph. ſecund. Inſtitut. de hered. qualit. & different.* iure iſto ſine facto ſuo & culpa priuari nequeunt à principe, cum tanta eius poteſtas non ſit, vt ſuum alteri auferre poſſit contra æquitatem naturalem. Hinc conſtitutum, ne fauores & gratiæ principum cuiquam præiudicent *leg. ſecund. paragraph. merito. Digeſt. Ne quid in loco publico.* Nec eſt quod quis prætendat ius tantum in ſpe ipſis quæſitum eſſe liberis in bonis viuentis parentis, quod in conſiderationem non veniat. Nam contrarium teſtatur Iuſtinianus *in paragraph. ſecund.* Lit.C.

Inſtitu-

Qu. 32. An ad legitimationem requiratur conſenſus filiorum?

Inſtitut. de hered. qualit. & differ. & Paulus *in l. vndecim Digeſt. de lib. & poſthum.* Cæterum non exiſtentibus filiis legitimis ſucceſſoribus, anne agnatis proximis & cognatis non conſentientibus, legitimatio per reſcriptum principis procedat, quæſtio dubia eſt? Et quanquam Andreas Fachineus etiam horum requirat conſenſum: mihi tamen illorum magis arridet opinio, qui nec horum conſenſum requiri ſtatuunt: tum quia agnatis & cognatis nihil hac præiudicatur legitimatione cum illis nullum penitus ius in viuentis agnati bonis quæſitum ſit: tum quia nec adoptionem vllus deſideratur conſenſus agnatorum & cognatorum *leg. ſeptim. Digeſt. de adopt.* tum etiam quia in patris poteſtate eſt de ſuis bonis pro ſuo lubitu & arb itrio diſponere. *leg. prim. Codic. de inoffic. teſtament. leg. 21. Codic. de mandato.* tum etiam quia is, cui non eſt legitima proles, totam ſuam ſubſtantiam poteſt naturali filio relinquere. *Nou. 89. capit. duodecim.* Et quanquam diſſentientes prætendant quod agnati ius habeant ſibi quæſitum in hæreditate ſui agnati: tamen obſeruandum eſt, quod hoc ius non ſit in re, ſed in ſpe duntaxat, quod hactenus conſiderabile non eſt, vt per illud impediatur parens filios ſuos legitimare & legitimatione facere ſucceſſores & heredes eoſdemque præferre agnatis ſuis, quibus hereditas nondum fuit delata.

Qu. 33. Quænam in impetratione legitimationis ſint exprimenda?

Cæterum in impetratione legitimationis qualitas ipſius natiuitatis filii, an ſcilicet ſit ſimpliciter naturalis, vel ſpurius, vel inceſtuoſus exprimenda eſt. Ratio huius eſt hæc, quia reſcriptum gratiâ impetratum videtur eſſe ſubreptitium quando in eius impetratione ea non narrantur principi, quæ ad gratiam concedendam difficiliorem reddere principem poſſunt. *capit. dudum. de Elect. capit. ſuper literis. capit. poſtulaſti. de reſcriptis*; ſed redditur difficilior princeps ad legitimandum quando narratur, quod legitimandus ex coitu adulterino vel inceſtuoſo ſit natus.

Secundo, eadem quoque ratione in legitimationis impetratione narrari debet, quod concubinam, è qua liberos naturales procreauit, non poſſit iure ducere in vxorem.

Tertio ſi alios habet legitimos liberos, qui legitimationem petit, illorum quoque mentionem facere debet, maxime cum magnus illorum legitimorum extat numerus.

Quarto item ſi ſemel petita & denegata fuerit legitimatio, in petitione reiterata & huius primæ petitionis mentionem facere debet.

Quinto mentio quoque fieri debet ſtatuti, ſi quod extat, quo fœminæ per maſculos excluduntur, quia tale ſtatutum pertinet ad præiudicium filiarum, de quo ſi Principi conſtaret, fortaſſis legitimationem non conceſſiſſet.

Denique cum quis legitimari petit ad ſucceſſionem per Principis reſcriptum in ſupplicatione, feudi qualitas exprimenda eſt, Menochius *caſu 203.* Mynſing. *quint. obſeruat 42. Hartmann. Piſtor. tert. quæſtion quadrag. numero duodecimo & ſequent.*

Legitimatos per Principis reſcriptum non excludere fœminas, ſi ſtatutum ſit, vt, extantibus maſculis, fœminæ excludantur; ſecus vero in legitimatis per ſubſequens matrimonium ſeſe rem habere, ait Autor noſter, quoniam qui per principis reſcriptum legitimantur, ficte tantum ſint legitimi: in legitimatis autem per ſubſequens matrimonium nulla ſit talis fictio, niſi quoad tempus quod retrotrahitur.

Sed

Sed de hac quæſtione, anne legitimatus per Principis reſcriptum excludat ex ſtatuto fœminas, memini ſupra nonnihil eſſe dictum, vbi etiam contra Autorem noſtrum oſtenſum eſt quod taliter legitimati excludant filias. cum certi & expediti iuris ſit, quod iure communi legitimati exequentur legitimis *Nou. 89. cap 9.* Statutum vero à iure communi recipit interpretationem paſſiuam: igitur ſicut ex ſtatuto legitimi filii excludunt filias, ita quoque legitimati eaſdem excludent.

Et quanquam ad hoc noſtrum fundamentum reſpondeatur, ſtatutum excludens fœminas eſſe odioſum & exorbitans atque contra ius commune *argum. l. Maximum vitium C. de lib. præterit.* tamen ſi res accuratius perpendatur ſtatutum hoc admodum fauorabile eſt, quia pertinet ad conſeruationem familiarum atque aguationis, ſed vide quæ ſupra ſunt dicta.

Lit. E. Qu. 34. *An Pontifex poſſit legitimare?*

Pontificem Romanum ius legitimandi ſpurios, quod ſibi arrogat, nullo iure poſſidere, apud me quidem certum & indubitatum eſt.

Etenim D. Apoſtolus Paulus *in Epiſt. poſter. ad Timoth. cap. ſecund. verſ. quart. nemo* ait *militans Deo implicat ſe negotijs ſecularibus*: quare pontifex Romanus, cum ſe Chriſti vicarium & Petri ſucceſſorem militemque Dei ſeſe iactitet, non debet ſe implicare negotiis ſecularibus. Atqui actus plane ciuilis & ſecularis eſt legitimatio: hanc igitur peragere pontifex nequit.

1. Accedit quod Apoſtoli eorumdemque ſucceſſores, quibus & Pontifex ſeſe annumerat, nullam penitus habeant in ſecularibus poteſtatem, nam *Matth. 20. verſi. ul. 25.* omni dominio interdicit Chriſtus apoſtolis ſuis, ſic eos alloquens: *Reges gentium dominantur, & qui magni ſunt poteſtatem exercent: Vos autem non ſic.* Idemque & Lucæ *22 verſicul. 24.* repetitur. Atqui nemo poteſt legitimare ſuo reſcripto niſi qui poteſtatem gerat ſuſtineatque magiſtratum & princeps ſit ſecularis. Poteſtas igitur legitimandi non competit pontifici Romano.

Quocirca falſiſſimum eſt, quod ſine vllo iuris diuini fundamento iactitant Canoniſtæ ac Pontificii ſcriptores. Pontificem ſuum Romanum vbiuis terrarum inque toto orbe ius habere, liberos illegitimos legitimandi, ſic vt in terris Imperii ſuccedant & iura legitimorum obtineant. Quæ ipſorum falſiſſima opinio ex hoc principio fluxit falſiſſimo, quod Papa Romanus dominus ſit Orbis ſibique omnes totius mundi reges ac principes habeat ſubiectos; ipſe vero nemini ſubiectus ſit.

Quod ius diuinum perſpicue improbat; dum poteſtati ſeculari, hoc eſt, principibus ſecularibus OMNEM ANIMAM, adeoque etiam Pontificem, ſi modo anima eſt, ſubeſſe iubet. *Roman. 13.* Dum Apoſtolis Chriſti omni dominatu interdicit *Matth. 20. verſic. 25. Luca 22. verſ. 24.* Dum Chriſtum ipſum ac Petrum vectigal Imperatori Romano ſoluiſſe atque hoc ipſo teſtatos eſſe ſe ſubditos eſſe Romani Imperatoris, teſtatur *Matth. 17. v. 27.* Dum Paulum ad Cęſaris tribunal prouocaſſe refert *Act. 26.*

Quin etiam Nicolaus Papa hoc ipſum claris atque perſpicuis verbis profitetur, dum in hæc verba ſcribit: *Cum ad verum ventũ eſt, vltra ſibi nec Imperator iura pontificatus arripuit, nec pōtifex nomẽ Imperatorium vſurpauit, quoniã idẽ mediator Dei & hominũ homo Chriſtus Ieſus, ſic actib. propriis & dignitatib. diſtinctis officia poteſtatis vtriuſq; diſcreuit, propria volẽs medicinali humilitate ſurſum efferri, non humana ſuperbia rurſus in infernũ demergi, vt & Chriſtiani Imperatores pro æterna vita Pontificibus indigerent, & Pontifices pro curſu temporalium tantummodo rerum imperialibus legibus vterentur, quatenus Spiritualis actio carnalibus diſtaret incurſibus, & ideo militans Deo minime ſe negotijs ſecularibus*

bus implicaret, ac viciſsim non ille rebus diuinis præſidere videretur, qui eſſet negotiis ſecularibus implicatus. Can.6.*diſtinct.*96.

Non igitur Pontifici hæc tribui debet poteſtas, vt non ſolum legitimet ſpurios, ſed etiam quouis in loco atque in alieno territorio legitimet, quod Imperatori etiam & regibus non licere ſupra oſtenſum fuit.

Qu.35. *An legitimatus excludat ſubſtitutum, ſi ſit facta ſub conditione ſi ſine liberis deceſſerit inſtitutus?*

Priuſquam tractatum de legitimatione concludamus placet conſiderare controuerſiam iſtam valde agitatam & multum controuerſam, anne legitimatus excludat ſubſtitutum, ſi hoc modo ſubſtitutio ſit facta. *Titius heres mihi eſto, & ſi ſine liberis deceſſerit, tum Gaio hereditatem reſtituat?*

Pro Affirmatiua opinione hæc ſolent produci argumenta.

1. In cap. *Cum in cunctis. de Elect.* dicitur, quod nullus in Epiſcopum eligatur, niſi qui de legitimo matrimonio ſit natus: atqui legitimatus per ſubſequens matrimonium poteſt eligi Gloſſ. *in capit. Innotuit. eod. tit.* Igitur legitimatus ex iuſto matrimonio eſt natus: & conſequenter ſicut ex legitimo matrimonio natus excludit ſubſtitutum; ita quoque legitimatus per ſubſequens matrimonium.

2. Legitimatus per ſubſequens matrimonium per omnia cenſetur legitimus, & non differt à filiis conceptis poſt matrimonium contractum *capit. Tanta. extr. qui filij ſint legitimi. leg. Cum quis de naturalib liberis. Nou.* 89. *cap.* 9. Atqui illi, qui ab initio ſunt legitimi, procul dubio excludunt ſubſtitutum ſub conditione prædicta. Ergo etiam per ſubſequens matrimonium legitimati debent eum excludere.

3. Legitimatus per ſubſequens matrimonium ſuccedit in feudo *argum. titul.* 26. §. *naturales. lib.* 2. *Feud.* etiamſi conſtitutio feudi ad ſucceſſionem vocauerit filios, natos ex legitimo matrimonio; & taliter legitimatus excludit fœminas, ſi extat ſtatutum, quod extantibus filiis maſculis legitime natis, vel de legitimo matrimonio procreatis, fœminæ non ſuccedant, Igitur & ſubſtitutum excludit.

4. Nullum poſtremo dubium eſt, quin filii, qui nati ſunt poſt contractum matrimonium, ſine dubio faciunt deficere conditionem & ſubſtitutum excludunt. Ergo pari ratione filii nati ante matrimonium, quia eorum affectio induxit patrem ad ineundum matrimonium, & ideo quod conceditur poſterioribus, non debet prioribus denegari. §. 1. *I. de heredit. quæ ab inteſt. defer.* quicquid enim eſt cauſa cauſæ, id etiam eſt cauſa cauſati; & propter quod vnumquodque eſt tale, illud magis eſt tale. Cui accedit, quod etiam ab inteſtato ſuccederent filii, qui nati ſunt ante matrimonium, igitur teſtator etiam de his intelligitur ſenſiſſe; quocirca etſi ſoli ſuperſint, efficere debent vt conditio deficiat & conſequenter ſubſtitutus excludatur *leg. ex facto* §. *ſi quis rogatus. ff. ad Trebell.*

Cæterum pro contraria negatiua ſententia facit primo voluntas teſtatoris, quæ colligitur ex propria verborum ſignificatione *l.* 69. *Digeſt. de legat.* 3. Nam teſtator locutus eſt de illis, qui ex legitimo matrimonio nati ſunt, ſed legitimatus per ſubſequens matrimonium, cum primum eſt editus, non eſt ex matrimonio natus. Igitur in conditione iſtius fideicommiſſariæ ſubſtitutionis non videtur comprehendi legitimatus per ſubſequens matrimonium. Et quanquam matrimonium retro trahatur *cap. Tanta. qui filij ſint legitimi.* hoc tamen per fictionem eſt & hæc eſt natura cuiuslibet legitimationis, vt fingat retro & ad initium natalium protrahatur *l. vltim. de natal. reſtit.* At quod eſt per fictionem tale, non eſt proprie tale *l. lege Cornelia in fine. ff. de teſtam.* Et verba teſtatoris debent intelligi ſecundum naturam, & non ſecundum fictionem.

2. Accedit quod qualitas adiuncta verbo, debet intelligi ſecundum tempus verbi *leg. in delictis.paragraph. ſi damnum extraneus. Digeſt.de Noxal.act.leg.Titius.Digeſt. de milit. teſt. leg. ex facto. paragraph. penult. Digeſt. ad Trebell.* Atqui legitimatus per ſubſequens matrimonium, etſi proprie ſit legitimus, non tamen eſt proprie legitime natus, neque ex legitimo matrimonio procreatus *paragraph. prim. I. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Non igitur excludit ſubſtitutum.

3. Inſuper licet matrimonium retrotrahatur, tamen ad ea, quæ habent determinato modo voluntatem, non fingit retro vt ea extendere poſſit, ſecundum Baldum *in leg. in teſtamento num. 14. Codic. de teſtament.milit.* Igitur legitimatus per ſubſequens matrimonium, non poteſt excludere ſubſtitutam ſub hac conditione, ſi deceſſerit ſine filiis legitime natis, vel de legitimo matrimonio, ſeu ex legitimo matrimonio procreatis.

4. Denique voluntas teſtatoris colligitur ex ratione expreſſa *leg. vltim. Digeſt. de hered. inſtit.* Atqui teſtator non dixit ſimpliciter; *ſi deceſſerit ſine filiis, vel ſine filiis legitimis & naturalibus*, ſed expreſſit, *ſine filiis* LEGITIME NATIS, vel ex legitimo matrimonio PROCREATIS & hoc modo naturam reſpexit non accidens *leg. ſi ita quis. paragraph. Is cui. Digeſt. de legat. ſecund. leg. fideicom. Digeſt. de condit. & dem.* Nec alia ratio reddi poteſt, niſi quia prudens conſilium ipſius teſtatoris excludere voluit quoſcunque legitimatos, quoniam illegitime nati videntur quodammodo lædere decorem familiæ & dignitatem *arg. l. non tantum paragraph. ſi emancipatus filius. Digeſt.de bon. poſſ. contra tab. l. prim. paragraph pen. Digeſt. de ventre inſpic.* Igitur legitimatus per ſubſequens matrimonium non poteſt excludere ſubſtitutum, quia non eſt ex illo genere filiorum, de quibus teſtator loquitur *arg. leg. commodiſſime ff. de lib. poſthum.*

Et hanc ſententiam ſequitur Mantica, eamque communem eſſe ait.

Ad primũ prioris opinionis argumentum reſpondetur *in dict. cap. Cum in cunctis.* legitimatum legitime natum cenſeri, quia verba legis recipiant congruam interpretationem ab ipſa lege. *leg. non eſt nouum. Digeſt. de legibus.* ſed talis interpretatio non habet locum in verbis teſtatoris, quæ non ficte, ſed naturaliter debent intelligi *leg. vltim. de his qui veniam ætat.* & quidem verba conſtitutionum quæ debent impleri in forma ſpecifica, & non per fictionem *l. Mæuius l. qui heredi. pr. ff. de condit. & demonſtrat.*

Ad ſecundum reſpondetur, quod dicitur legitimatos per omnia legitimos cenſeri, id locum habere in iis quæ deferuntur ab ipſa lege, non etiam in iis quæ deferũtur ex iudicio teſtatoris, quia in his eius voluntas ſpectatur, quæ potiſſimũ in conditionibus primum locum tenet *leg. in conditionibus pr. Digeſt. de condit. & demonſtrat. leg ex facto. paragraph. Rerum autem Italicarum. Digeſt. de heredib. Inſtit.* & in omnibus dominatur *leg. cum quæſtio. in fine Codic. de leg.* Adde quod & ſupra dictum, quod nempe legitimatus proprie quidem ſit legitimus; ſed non proprie legitime natus: at verba teſtatoris proprie eſſe accipienda *leg. non aliter. Digeſt. de legat. tert.*

Ad tertium reſpondeo legitimatos per ſubſequens matrimonium non ſuccedere in feudis nec ſolos, nec cum legitimis *dict. paragraph. naturales tit. 26.* Deinde ait Mantica, legitimatos per ſubſequens matrimonium ſuccedere in feudis alicui conceſſis *pro ſe & filiis legitimis & naturalibus*: non vero ſuccedere in feudis conceſſis *pro ſe & filiis legitime natis, vel ex legitimo matrimonio procreatis.*

Quod vero additur filios legitimatos per ſubſequens matrimonium excludere fœminas, quamuis ſtatutum loquatur de filiis legitime deſcendentibus vel ex legitimo

gitimo matrimonio natis, id duobus modis refellitur, primo quod locum habeat ſolum in diſputatione legis, vt ſuperius dictum fuit: at nos loquimur de diſputatione teſtatoris, ſecundo quod fallat quando ſtatutum loquitur contra ius commune.

Ad quartum & vltimum reſpondetur, argumentum iſtud procedere quando agitur de ſucceſſione patris & de bonis ipſius patris, de quibus potuit libere diſponere: at in propoſito non quæri, qualis fuerit affectio patris, ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris: non enim alii liberi debent excludere ſubſtitutum, quam ii, de quibus ſenſerit ipſe teſtator *dict. leg. ex facto. paragraph. ſi quis rogatus Digeſt. ad Trebellian.* Cæterum ipſe teſtator habuit affectionem ad ipſos duntaxat qui legitime nati ſunt, & ex legitimo matrimonio procreati, inſpecto ſcilicet principio originis: igitur cum liberi nati poſt contractum matrimonium habeant quantitatem requiſitam à teſtatore, excludunt ſubſtitutum: ea vero qualitas cum deficiat in liberis ante matrimonium natis, contraria ratione non excludent ſubſtitutum.

RESOLVTIO THESIS Octaua.

Lit. A. RÉſtat nobis tertia & poſtrema patriæ poteſtatis cauſa efficiens, ADOPTIO, quæ definitur ab Autore noſtro actus legitimus, quo homo liber in locum filii eligitur. Franciſcus Hotomannus eam definit, quod ſit actus legitimus, ſeu legis actio, per quam extraneus in alienam familiam iusque filiifam. cooptatur

Iohannes Coraſius ad *rubr. Dig. de adopt.* quod ſit actus legitimus, naturam imitans, qua certa perſona in filium eligitur, in ſolatium eorum, qui liberos non habent inuentus.

Hermannus Vulteius *pr. Inſt. de adopt.* quod ſit legitima hominis liberi in locum filii electio.

Aliæ definitiones ab aliis traduntur; mihi videtur definitio Autoris noſtri ſatis eſſe commoda, idcirco eam retinebimus & paucis pro inſtituti noſtri ratione, declarabimus.

Dicitur primo ACTVS LEGITIMVS. Ita quippe Modeſtinus Iuriſconſultus *in l. 4. ff. de adopt. Magiſtratum apud quem legis actio eſt emancipare filios ſuos & in adoptionem dare apud ſe poſſe Neratii ſententia eſt.* Ecce hic adoptari coram eo demum magiſtratu conceditur, apud quem legis actio eſt. Vnde ſequitur quod adoptio ſit legis actio, ſiue actus legitimus, alioquin etiam apud eum fieri poſſet, apud quem legis actio non eſt. *Qu. 36. An legitimatio ſit legis actio?*

2. Eodemque pertinet quod *in leg. ſecund. Digeſt. de offic. proconſul.* negatur apud legatum proconſulis poſſe adoptari, quia apud ipſum omnino non ſit legis actio.

3. Idemque confirmat manifeſtiſſime *leg. prim. C. de adopt.* in qua Gordianus Imp. ſcribit: *His qui in aliena poteſtate ſunt, iuxta ius ciuile non niſi apud eum, apud quem plena legis actio eſt, adoptari poſſunt.*

Sed huic ſententiæ obiicitur *l. 77. ff. de R. Iur.* vbi actus legitimi recenſentur, nec tamen inter eos numeratur ADOPTIO, verba legis ſunt hæc: *Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, ſerui optio, datio tutoris in totum vitiantur vel temporis, vel conditionis adiectionem: nonnunquam tamen actus ſuprascripti tacite recipiunt &c.*

Verum ad hanc legem vulgo reſpondent interpretes, ſub mancipatione contineri adoptionem, quia adoptio fieri cõſueuit per mancipationem *l. vlt. C. de adopt.*

Sed male, quia ſi adoptio propter hanc cauſam olim fuit actus legitimus, ſane dicendum eſt, ſublata nunc Iuſtiniani conſtitutione *in d.l. vlt.* mancipatione ex adoptione, quod hodie adoptio non amplius ſit actus legitimus, cum cauſa ſublata, effectus quoque tollatur.

Proinde ſic mihi omnino ſtatuendum videtur: olim adoptionem actum fuiſſe legitimum, vt textus adducti arguunt, & *in d.leg. 77. de Reg. Iur.* ſub mancipatione comprehenſam fuiſſe, cum per mancipationem ſolennem fieri debuerit. Veruntamen hodie per nouam Iuſtiniani Imperatoris conſtitutionem *in d. l. vltim.* ſublata ſolenni iſta mancipatione, deſiiſſe actum eſſe legitimum.

Vult autem Iuſtinianus *in d.l. vlt.* adoptionem hodie ſic celebrari vt parens, qui filios in poteſtate ſua conſtitutos in adoptionem dare deſiderat, ſine vetere obſeruatione emancipationum & manumiſſionum hoc ipſum, actis interuenientibus, apud competentem iudicem manifeſtet, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.

Hinc cum requiratur vt vterq;, vt adoptans & adoptatus, debeat eſſe præſens, recte exinde infertur, quod per procuratorem adoptio celebrari non poſſit; quæ & olim celebrari per procuratorem impediebatur, alia tamen ex cauſa, quia nempe erat actus legitimus, actus vero legitimi per procuratorem expediri nequeunt *l.23. de R. Iur.* Sed anne coram legato proconſulis fieri poſſit adoptio, quæritur? Sed rem expeditam exiſtimo & ſatis aperte deciſam *in l. 2. & 3. ff. de offic proconſul.* vbi ita ſcribitur: *apud legatum proconſulis nemo manumittere poteſt, quia non habet iuriſdictionem talem: nec adoptare poteſt, omnino enim non eſt apud eum legis actio.* Quam aſſertionem confirmat etiam *l. 1. C. de adopt.* vbi dicitur, quod apud neminem celebrari poſſit adoptio, niſi apud eum apud quem PLENA legis actio eſt: atqui apud legatum proconſulis non eſt actio legis, aſſerente Iuriſconſulto Vlpiano *in leg. tert. Digeſt. de adopt.* nedum plena legis actio. Igitur apud eum non poteſt fieri adoptio.

Additur in definitione adoptionem eſſe huiuſmodi legis actionem, qua homo liber in locum filii eligitur: quia qui adoptatur, aſſumitur in filii locum; ſed cum nomine & appellatione filiorum etiam nepotes veniant, vt eſt *in l. liberorum. ff. de verb ſignif.* dubitare non licet, quin etiam in locum nepotis adoptare liceat, id quod etiam Iuſtinianus clare & perſpicue expreſſit *in §. & tam filium. 6. Inſtit. de adopt. & tam filium alienum,* inquiens, *quis in locũ nepotis adoptare poteſt, quam nepotem in locum filij.* Quod ipſum & tunc procedit, quando quis filium non habet. Idem Iuſtinianus *licet*, inquit, *in locum nepotis, vel neptis, pronepotis vel proneptis adoptare quamuis filium quis non habeat.* Nec huic repugnat quod adoptio imitetur naturam; natura autem fieri non poſſit, vt qui filium non habet, nec vnquam non habuit, nepotem habere queat: etenim iuris ciuilis benignitate quis fingitur filium habere quamuis non habuerit, quò adoptio procedat. Neque etiam naturæ repugnat habere nepotem qui filium non habet, cum fieri poſſit vt filius, ex quo nepos ſupereſt, prædeceſſerit. Et huius etiam fundamentum conſtituit Antonius Contius, ab Autore allegatus in fictione iuris, quæ in adoptione locum habet.

Quod ſi quis filium habens ex eo aliquem in nepotis locum adoptat requiri quoque ipſius filii conſenſum ait Iuſtinianus; idque ex hac ratione ne ei, inuito ſuus heres agnaſcatur; quod Iuſtinianus expreſſit in *§. 7. Inſtitut. de adopt. Sed ſi quis,* inquiens, *nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio, quem habet iam adoptatum, vel quaſi ex illo, quem naturalem in ſua poteſtate habet,*

Digitized by Google

habet, eo caſu filius conſentire debet, ne ei inuito ſuus heres agnaſcatur; ſed ex contrario, ſi avus ex filio nepotem det in adoptionem, non eſt neceſſe filium conſentire.

Litera D. Idem quoque aſſerit Paulus in *l. 6. ff. de adopt.* vbi ait: *Cum nepos adoptatur, quaſi ex filio natus, conſenſus filii exigitur; idq. etiam Iulianus ſcribit. Idemque conſentiente filio adoptionem factam eſſe proponit in l. 10. ff. eodem.*

Nititur etiam hæc ſententia optimâ ac iuſtiſſimâ ratione, quod ſcilicet alias ex tali adoptione adoptatus fieret adoptantis filio inuito ſuus heres. Igitur cum ad præiudicium filii eiuſmodi ſpectet adoptio, merito ipſius conſenſus requiritur.

Nec ad rem pertinet quod hîc Donellus reſpondet: requiri conſenſum filii non vt adoptio ſubſiſtat; ſed vt defuncto quandoque avo agnaſcatur hic nepos adoptatus filio ſuus heres: ac proinde ſi filii conſenſus adhibitus non fuerit, valere quidem adoptionem quoad adoptantem; non autem quoad filium.

Reſpon. Nam, præterquam quod hæc reſponſio plane ſit diuinatoria, atque in meris & nudis conſiſtat coniecturis, refragatur etiam textibus ſupra adductis: quippe in *l. 6. Digeſt. de adopt.* Paulus abſolutè ſcribit: *Cum nepos adoptatur quaſi ex filio natus, conſenſus filii exigitur.* E quibus verbis luculenter patet, conſenſum filii ad ipſam adoptionem, & non ad adoptionis duntaxat effectum, requiri. Idem relucet quoque ex *dict. §. 7. Inſtit. eodem.* Vt taceam quod non poſſit quaſi ex filio adoptari, vt non etiam filii fiat filius: at hoc autem conſenſus filii requiritur.

Non repugnat *l 7. ff. de adoption.* in qua Celſus: *cum adoptio fit non eſſe neceſſarium, ait, in eam rem auctoritatem eorum, inter quos iura agnatorum conſequuntur:* ex quo ſequitur nec filii conſenſum teneri patrem exquirere; quia & is patri agnatus eſt.

Reſp. Nam hæc Celſi ſententia non de filio adoptantis; ſed de cæteris agnatis exaudienda eſt: non refragante eo, quod de agnatis in genere Celſus loquatur; quicquid autem affirmatur de genere, id de omnibus quoque ſpeciebus, ſub eo genere contentis, aſſeratur.

Reſpond. Quod enim filius adoptantis excipiatur, ob eam rationem, quam exprimit Iuſtinianus in *dict.* § 7. vix negari poterit, quia textus ea de re adeo perſpicui teſtantur, ſic vt nulla dubitatio nobis relicta videatur.

Efficiens cauſa adoptionis remota eſt lex, ſeu ius ciuile: ex quo & actus legitimus & legis actio appellatur *l. 77. ff. de reg. iuris,* eique competere dicitur, apud quem ſit plena legis actio *l. 1. C. de adopt.* & quanquam, vt ſupra demonſtraui, hodie non amplius ſit actus legitimus ex *l. fin. C. de adopt.* originem tamen ſuam ex lege ciuili traxit.

Propinqua cauſa eſt conſenſus illorum, inter quos adoptio celebratur, hoc eſt, adoptantis, adoptati & parentis naturalis, qui hunc in adoptionem dat alteri *d. l fin. C. de adopt.* Et ſane horum conſenſus merito exigitur, quoniam de illorum ſingulorum agitur præiudicio: imprimis vero interuenire debet conſenſus eius, qui adoptatur, quoniam ſi à non extraneo adoptetur, mutat familiam ſuam adoptione & è poteſtate & familia patris naturalis exit, & in poteſtatem atque familiam adoptantis tranſit: quin etiam ſi arrogetur, in poteſtatem arrogantis vna cum bonis ſuis transfertur, & filiusfamilias efficitur, cum prius ſui iuris & paterfamil. eſſet. Hinc ſcilicet conſtitutum eſt ne inuiti filii redigantur in patriam poteſtatem *l fin. ff. de his qui ſui vel alieni iuris.* *Litera E. Quæ. 37 An adoptãdi cõſenſus requiratur?*

Neque reſiſtit *l. pen. ff. de adopt.* in qua Modeſtinus: etiam infantem in adoptionem dare poſſumus. Vnde inferunt, quod conſenſus adoptati neceſſarius non ſit, ſiquidem alias infans, cuius nullus eſt penitus

Digitized by Google

nitus conſenſus, adoptare non poſſet.

Reſp. Obſeruandum quippe eſt quod defectum conſenſus infantis ſuppleat iudicium agnatorum vel patris, infantem ſuum in adoptionem dantis.

Cæterum ad adoptionem non ſufficit conſenſus eorum qui adoptant, quique adoptantur, ſed inſuper requiritur, vt perſonæ adoptantium ad adoptionem ſint idoneæ: tales vero ſunt quæ natura generare poſſunt & iure ciuili liberos ſua in poteſtate habere queunt, quoniam adoptio, quamuis ſit actus legitimus & ciuilis, naturam tamen imitatur *§. 4. Inſtitut. de adopt.* Hinc eſt quod Caſtrati adoptare non poſſunt *§. 9. Inſtitut. de adopt.* quia natura generare liberos nequeunt: Spadones vero poſſunt adoptare quia in illis ſpes eſt reſtitutionis & generationis impedimentum tale eſt, vt ope & opera medicorum remoueri poſſit, ſecus atque in Caſtratis; & hoc eſt, quod Modeſtinus ſcribit in *L. 40. Digeſt. de adopt.* Spado abrogando ſuum heredem ſibi adſciſcere poteſt, nec ei corporale vitium impedimento eſt.

Dixi in perſona adoptantis ſpectari etiam, vtrum talis ſit quæ liberos naturales in ſua poteſtate habere poſſit; idque ex prædicta ratione, quia adoptio imitatur naturam. Vnde Imperator Iuſtinianus de fœminis, quæ naturales liberos in poteſtate non habent *§ 2. & 3. Inſtitut. de adopt.* ſcribit: Fœminæ quoque adoptare non poſſunt, quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent.

In ſolatium tamen liberorum amiſſorum ex indulgentia principis adoptare poſſunt: quo tamen caſu adoptatos in poteſtate non habent, ex ratione prædicta, ſed hoc ſolum ex tali adoptione conſequuntur, vt habeant quos filios appellitent, & vt tandem inteſtato defunctę ſucceſſores habeant legitimos; adeoque adoptionis huius idem plane eſt effectus, qui hodie adoptionis ſimplicis, à non extranea perſona facta. *§. 2. Inſtit de adopt.*

Ampliat & extendit ſuperiorem regulam noſter Autor, vt ne quidem regina poſſit adoptare citra principis reſcriptũ; quoniam ſcilicet ratio prohibitionis eadem in hac, quæ in quauis alia fœmina obtinet.

RESOLVTIO THESIS NONÆ.

ADoptionis illius, quam hactenus aliquoties dictum eſt imitari naturam ex *d. §. 4. Inſtit. de adopt.* & *l. 16. ff. eod. tit l. 23. ff. de lib & poſthum.* duæ ſunt ſpecies; adoptio ſimplex, ſiue in ſpecie ita dicta & arrogatio. Hæc ita appellatur à rogando quoniam qui ſic adoptandus erat, interrogari ſolebat an patiatur ſe poteſtati arrogatoris ſubiici *l. 2. §. 1. ff. de adopt* Quæ interrogatio vtrum, mediante ſtipulatione ſolenni, fieri conſueuerit, hìc quærit Autor noſter? qui opinatur Guilhelmum Fornerium ICtum eruditiſſimum, ſtatuiſſe non aliter fieri ſolitam fuiſſe arrogationem, quam per ſtipulationem ſolennẽ; ſed nihil quicquam tale apud Forneriũ inuenitur, & affirmare auſim nunquã hoc Fornerio in mentem veniſſe. Et quanquã hoc aſſeruiſſet, nihil tamen abſurdi ſtatuiſſet. *Litera A. & B.*

Cęterùm quia arrogatio conſenſum eius deſiderat, qui arrogatur *l. 5. ff. de adopt.* rationes ante adductas ideo olim arrogari non poterant impuberes, verũ hoc poſtea mutatũ ac conſtitutum eſt, vt impuberes quoq; arrogari poſſint *§. cum autẽ impuberes 3. Inſt. de adop.* iudicio tamẽ & conſenſu agnatorũ, accedente cauſæ cognitione & ſatiſdatione *d. §. cum autẽ. 3.* cauſæ cognitio hæc cõtinet, 1. vt diligẽter inquiratur quæ cauſa impellat adoptantem, honeſtane, vt paterna affectio, an vel auaritia, vel etiam inhoneſtior cauſa. 2. An pupillus ſit dives nec ne, ipſique expediat arrogari, cum bona arrogati ad arrogatorem tranſeant *tot. tit. Inſtitut. de acquiſit. per arrogat.*

An qui

3. An qui adoptat eius ſit ętatis, vt procreare liberos poſſit *l. 17. ff. de adopt.*

Satisdatione cauetur primò quod ſi intra impubertatẽ filius arrogatus deceſſerit, ꝙ arrogator omnia velit bona arrogati defũcti proximis reſtituere agnatis, ad quos inteſtati ſpectat ſucceſſio. 2. Quod non aliter velit emancipare arrogatũ, niſi cauſa cognita dignus fuerit viſus emancipatione. 3. Quod ſi, cauſa cognita, dignus fuerit iudicatus emancipatione, tunc ei emancipato aut etiam exheredato bona reddere velit. 4. Quod ſi vel viuus ſine iuſta cauſa fuerit exheredatus aut emancipatus, tunc præter bona ipſius arrogati propria, velit ipſi quartam partem ſuorum bonorum dare *d. §. 3. Inſt. de adopt.*

His conditionibus permittitur extraneo quoq; impuberem arrogare: tutor excipitur, qui ſuum pupillum prohibetur arrogare *l. 17. princ. ff. de adopt.* ibi Vlpianus: *Nec ei permitti ur arrogare, qui tutelã vel curam alicuius adminiſtrauit, ſi minor 25. annis ſit, qui adrogatur, ne forte cum ideo arroget, ne rationes reddat.*

Cui non obſtat *l. 32. §. 1. ff. eod tit.* vbi dicitur, quod Vitricus ſui priuigni tutor, priuignum arrogare poſſit.

Etenim in *d. l. 17. pr.* cum regula propoſita fuiſſet, quod tutor non poſſit ſuum pupillum arrogare, ſtatim in ſequenti *§. 1.* ſubiicitur exceptio & limitatio, hæc videlicet: niſi tutores vel naturali cognatione, vel ſanctiſſima affectione ducti, pupillos ſuos adoptent.

Atqui Vitricus præſumitur ſancta moueri ad priuignum arrogandũ affectione *l. fin. C. de conf. tutor.* eo ꝙ ſit quodammodo parentis loco *§. affinitatis. l. de nupt.* hic igitur à ſuperiori *d. l 17.* regula excipitur.

Cæterum impuberes arrogati, ſi facti fuerint puberes ac probauerint ſibi non expedire in poteſtatẽ redigi, æquum eſſe emancipari eos à patre adoptiuo, atq; ita priſtinum ius recuperare. Etenim hoc caſu impuberi ſuccurri æquitas ſuadet, vt qui alieno & non proprio iudicio fuerit arrogatus *l. 2. C. de adopt.*

In arrogatione deſideratur reſcriptum principale quod apud magiſtratum poſtea intimetur *l. 2. in verb. arrogatio etenim ex indulgentia principali facta, perinde valet apud pretorem vel præſidem* INTIMATA, *ac ſi per populum iure antiquo facta eſſet.* C. *de adopt.*

Cautio porrò ſuperior fieri debebat perſonæ publicæ *§ 3. Inſt. de adopt.* Per *perſonam publicam* intelligit Autor noſter notarium publicum: verum hoc refutaui ſupra in huius *diſput. theſi 2. ex l. 3. C. de tabulariis.* vbi expreſſe prohibentur ſerui muneri tabellarii præfici. At perſonæ iſtæ publicæ, quibus ſatisdare cogebatur arrogator, erant ſerui publici, vt textus eſt apertus in *l. 2. Cod. de adopt.* & hæc ſententia probatur etiam Antonio Goveano acutiſſimo ac ſubtiliſſimo ICto; cuius ſententiam malo ſequi, quam autoris opinionem amplecti. *Litera E.*

Dictum quoq; fuit, quod ſi arrogatus impubes ſine iuſta cauſa emancipatus vel exheredatus à patre adoptiuo fuerit, tunc præter arrogati ꝓpria bona debeat quartam quoq; partem ſuorũ bonorum arrogator dare impuberi arrogato. Hinc quæſtio ſuboritur longe intricatiſſima, anne hæc quarta ſit vniuerſorum bonorum arrogatoris, an vero debita ab inteſtato portionis? Hoc poſterius placuit Accurſio quod alioquin, ſi totorum bonorum pars quarta deberetur arrogato, tum melioris conditionis foret arrogatus, quam naturales, ac plus cõſequeretur, quam liberi naturales, ſiquidem ſi tres, quatuor aut plures liberos naturales arrogator haberet, plus auferret ex bonis patris arrogatus, quam naturales. Atqui hoc abſurdum eſt. Ergo & illud. 2. Adoptio ſolet imitari naturam *d. § minorem. Inſt. de adopt.* atqui non imitaretur naturã ſi arrogatus plus conſequeretur, quam naturalis.

Quæ. 38 *An impuberi arrogato, ſine cauſa emãcipato vel exheredato debeatur quarta vniuerſorum bonorum?*

Sed cõtraria opinio verior videtur. Et

quod

quod per quartam ex Diui Pij conſtitutione arrogato impuberi debita, ſit quarta totorum bonorum & non ſolum quarta portionis ab inteſtato debitæ, intelligenda, plurimæ leges demonſtrant. Nam in *l. 2. C. de adopt.* dicitur, impuberi quartam bonorum arrogatoris partem eſſe præſtandam. Idemque plane in *l. 8. §. 15. ff. de inoffic teſt.* aſſeritur. Et in *l. 1. §. 21. ff. de coll.* quarta iſta de bonis arrogatoris præſtari; atque quartam ex bonis arrogatoris conſequi impubes dicitur in *l. 22. §. 1. ff. de adopt.* Quæ ſingula atque vniuerſa ſatis abundeque probant, quartam impuberi arrogato, ſi ſine iuſta cauſa emancipatus vel arrogatus fuerit, ex D. Pij conſtitutione debitam, quartam eſſe partem vniuerſorum bonorum.

Neque hoc argumenta diſſentientium euertunt. Quod enim ad primum reſpondetur; non eſſe veriſimile, eum, qui quatuor pluriumue liberorum ſit pater: aut qui prolis etiam ſpem aliquam habet, alios ſibi in liberos adoptaturum eſſe ac lege quæſituros liberos, quos illi natura adfert. Deinde etſi quandoque contingat vt is, qui liberos habet naturales, alios ſibi adoptet, caſum tamen hunc perrarum eſſe, ac proinde in conſiderationem non venire. Præterea quamuis arrogatus plus ex ſubſtantia & hereditate arrogatoris auferat, quam naturalis, id tamen rationi non repugnat: cum enim ſatis erga filios naturales natura ſimus propenſi, idcirco patris arbitrio fere relictum eſt quantam illi partem accipiant: at quia eadem affectione arrogatos non proſequimur, ideo legibus definiendum fuit, quanta pars ipſis relinqui debeat. Accedit quod cum teſtator ex arrogati bonis commoda perceperit & lucra, iniquum non ſit eo caſu, quo abſque iuſta cauſa filium adoptiuum exheredarit, aut emanciparit, amplius aliquid arrogato, quam naturalibus liberis præſtari.

Non obſtat etiam quod naturales liberi inique exheredati contenti debeant eſſe quarta portionis legitimæ: adoptio autem imitetur naturam.

Reſp. Non in omnibus, ſiquidem naturā imitatur adoptio, ſed ab ea quādoq; deflectit, vt ex *§. 7. & Inſt. de act.* conſtat. Ad hæc adoptio imitatur naturam & adoptati naturalibus aſſimilantur, quando eadem eſt ratio adoptatorum & naturalium: atqui circa præſentem quæſtionem diuerſam eſſe rationem adoptiuorū & naturaliū, ex modò dictis liquere puto.

Sed hæc quarta anne debeatur quoq; plurib. ſi inique exheredati, aut ſine cauſa fuerint à patre adoptiuo emancipati, quæſtio mouetur ab Autore noſtro? & quidem Iaſon ſummæ autoritatis Iuriſconſultus, circa propoſitam quæſtionē dicit, quod etſi ex conſtitutione diui Antonini quarta ſiue legitima non debeatur, vt quæ de impuberibus duntaxat ſit concepta, iure tamen communi pluribus quoque eandem deberi legitimam, idque ex hac ratione quod ſi ſine iuſta cauſa exheredatus fuerit pubes, tunc habeat querelam inofficioſi teſtamenti ad eandemque excludendam ipſi quoq; debeatur quarta *arg. tit. Inſtit. de inoffic. teſtament.*

Sed hæc ratio Iaſonis, quod bona ipſius pace dixerim, exigui eſt momenti. Nam quod hodie exheredatis liberis competat querela inofficioſi, id nullo modo concedo, & ſic potius ſtatuendum exiſtimo, teſtamentum, in quo liberi præteriti ſunt, vel inique exheredati ipſo iure eſſe nullum, ſic vt nullum præiudicium generet exheredatis liberis, nec vim vllam obtineat. *Nouell. 115. c. 3. & 4.* adeoque nec receſſione querelæ inofficioſi, vel vlla alia indigeat, vt infra prolixius dicetur.

Quæ. 93 *An quarta impuberib. ex Diui Pij conſtitutione debita, au-*

Poſtremo de quarta illa, ex Diui Pij conſtitutione impuberibus debita, quæritur, vtrumne aucta hodiè ſit *Nouella 18.* qua cautum eſt, vt ſi quatuor ſolum aut pauciores fuerint liberi, tunc tertia pars ſub

ctaſit Iuſtiniani conſtitutione? ſubſtantiæ paternæ illis relinquatur: ſin vero plures fuerint quam quatuor, tunc ipſis media ſit relinquenda: hinc itaque quæritur anne quarta iſta ex Antonini conſtitutione impuberibus debita conſimiliter ſit aucta, vt non amplius ſit quadrans, ſed triens ſubſtantiæ patris adoptiui?

Qui negatiuam tuentur & legitimam iſtam auctam non eſſe contendunt, hac ratione nituntur, quod *Nouella 18.* expreſſe loquatur de illis perſonis quibus ab initio competit querela inofficioſi: atqui querela inofficioſi non cõpetit impuberibus arrogatis & exheredatis à patre adoptiuo, ſed illis ſuccurritur remedio conſtitutionis D. Pii Antonini, quod cum ordinarium ſit, excludit remedium querelæ inofficioſi teſtamenti extraordinarium, & quanquam diſſentientes hoc nitãtur fundamento quod conſtitutio D. Pii ſit ſubrogata in locum querelæ & ideo debeat cenſeri eiuſdem naturæ & effectus, perinde ac ſi querela competeret *l. ſi cum §. qui iniuriarum ff. ſi quis cautionibus.*

Reſpond. Tamen rectè ipſis occurrit Iaſon, & dicit, nos hìc verſari in extenſione legis ſeu conſtitutionis correctoriæ, nempe *dict. Nouellæ 18.* At correctorias leges non pati extenſionem per ſubauditos intellectus.

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.

Litera A. Qu. 40. *An adoptatus à nobili ſit nobilis?* Effectus adoptionis olim hic erat, vt quomodocunque adoptatus; tranſiret in poteſtatem patris adoptiui eademque conditione in iſta poteſtate eſſet, qua liberi naturales patris ſui poteſtati ſubſunt: ſed Iuſtinianus hoc emendauit & conſtituit, vt arrogati quidem indiſtinctè arrogatoris poteſtati ſubiicerentur *§. 11. Inſtitut. de adopt.* Adoptati verò ſimplici adoptatione non, niſi à perſona non extranea, hoc eſt, auo materno, vel auo paterno adoptati fuerint. Cæteroquin ſi extraneus, hoc eſt, alius, quàm avus maternus, vel paternus adoptaret, nihil iuris conſequeretur in adoptatum, ſed hic in poteſtate & familia patris ſui naturalis maneret, expreſſe ita Iuſtinianus in *l. pen. C. de adopt. & §. 2. Inſtit eod. tit.* Vide quæ dicta ſunt *libr. 1. tract. 2. variar. reſolut. iur. ciuil. q.*

Hinc facilis eſt reſolutio & deciſio intricatiſſimæ iſtius quæſtionis, anne plebeius ſeu non-nobilis, adoptatus à nobili efficiatur & ipſe nobilis? Etenim ſi vel arrogatus fuerit vel adoptatus à perſona non-extranea, auo nempe materno, tum quia non ſolum in poteſtate eſt adoptantis, ſed etiam in eiuſdem familia, dubitandum non eſt, quin hoc caſu nobilitatis paternæ eidemque annexorum priuilegiorum particeps reddatur: ſin verò à perſona extranea nobili adoptatus ſit ignobilis, quoniam nec in familiam adoptantis tranſit adoptatus, nec quicquam iuris ex huiuſmodi adoptione, excepto iure ſuccedendi ab inteſtato, conſequitur, idcirco nobilis inde non efficitur nec nobilitatis adoptiui ſui patris particeps redditur. Vide hanc quæſtionem plenius à me tractatam *dict. tract. 2. queſt. variar. reſolut.*

Sed vtrum idem quod de arrogatione & adoptione nunc dictum, quod nempe adoptatus conſequatur nobilitatem, in legitimatione etiam obtineat, vt nobilis pater, ex ignobili fœmina prolem ſuſceptam, per ſubſequens matrimonium legitimando, nobilem efficiat legitimatũ? quæſtio eſt difficilis & dubia. Qu. 41. *An legitimatus cõſequatur nobilitatem?*

Sed verior videtur quod matrimonium à nobile cum ignobili concubina cõtractum, legitimet naturalem etiam quoad hunc effectum, vt nobilitatis conſequatur iura.

Cuius ſententiæ hoc eſt fundamentũ, quod tanta ſit vis matrimonii, vt qui antea ſunt geniti, poſt contractũ matrimo-

nium legitimi habeantur *c. tanta. extr. qui filii ſint legitimi*, quodque filii naturales, per ſubſequens matrimonium legitimati, ſint filii LEGITIMI *Nou. 89. c. 8. in verb. & filios, vel præcedentes vel conceptos legitimos ei eſſe ſancimus:* Et licet poſtea non naſcantur filii ei, aut etiam nati moriantur, nihilominus prior ſoboles legitima conſiſtit.

Quod ſi itaque legitimati per ſubſequens matrimoniū, reſpectu patris legitimi ſint, ſequitur quod ſi pater nobilis ſit, & ipſi legitimati eiuſdem conditionis eſſe cenſeantur, cum filii nobilis legitimi de nobilitate paterna participent, & quoad dignitatem, patris conditionem ſequantur, non matris.

2. Accedit quod per ſubſequens matrimoniū legitimati per omnia exequentur legitimis *Nov. 12. in fin.* vbi diſertè Iuſtinianus pronunciat, legitimatos eſſe legitimos & OMNIA habere, quæcunq; huiuſmodi appellationem deceat. Atqui natus ex matrimonio nobilis cum ignobili muliere inito, nobilis eſt *argum. l. 19. ff. de ſtatu homin. l. 9. & ſequent. ff. de ſenator.* Igitur etiam legitimatus per huiusmodi nobilis & ignobilis matrimonium nobilis efficitur.

Nec obſtat huic ſententiæ *titul. 26. §. naturales. libr. 2. feud.* vbi dicitur legitimatum non ſuccedere in feudis, ſuccederet autem, ſi nobilis eſſet, deque iuribus ac nobilitate paternis participaret.

Reſpon. Committitur quippe fallacia cauſæ: ſiquidem non ideo legitimati à feudi ſucceſſione arcentur quod ignobiles ſint & ex legitimatione paternam nobilitatem & dignitatem non conſequantur, ſed idcircò potius, quia legitimatio iſta non debet præiudicare liberis legitime natis, agnatis proximis & domino feudi, quod fieret ſi legitimatio hunc effectum haberet, vt legitimatus capax eſſet feudi ſucceſſionis. Vide in *tract. feud. c. 10. pag. 209.*

Non refragatur inſuper quod ſpurii ſint infames & ideo, quantumuis per ſubſequens matrimonium legitimati, non poſſint eſſe nobiles *arg. l. 1. C. de dignit.*

Reſp. Nam ad hoc reſpondetur ſpurios nō eſſe infames, nec dignitatis incapaces, vt diſerte probat *l. 6. ff. de decurion.* vbi Papinianus: *Spurii decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus: non enim impedienda eſt dignitas eius, qui nihil admiſit.* Deinde licet ſpuriis aliqua adhæreret macula, quæ ipſorum exiſtimationem grauaret apud bonos & honeſtos viros, iſta tamen macula per ſubſequentem legitimationem elueretur eo quod legitimatio retrotrahatur & efficiat, vt antea ex concubina nati ſint legitimi *Nov. 89. c. 8.* omniaq; habeant iura, quæ legitime natus *d. Nov. 12. in fine.*

Non reſiſtit inſuper huic noſtræ ſententiæ quod legitimatio per ſubſequens matrimoniū non procedat, quando concubina, ex qua naturales liberi ſunt procreati, eius eſt generis, vt cum ipſa matrimonium cōſiſtere non potuerit § *fin. Inſt. de nupt.* cum ignobili autē honeſte nequeat matrimonium contrahere nobilis.

Aſſumptio quippe falſa eſt: nulla ſiquidem lege, nulla principis conſtitutione prohibetur nobilis ignobilē ducere in vxorem; nec honeſtas vlla huiuſmodi impedit matrimonium. Quinimo ignobilis, à nobili ducta, genere & honore mariti nobilitatur *l. vlt. C. de incolis.*

Non impedit denique quod liberi ſequantur conditionem matris, non ſtatum patris *l. partum 7. C. de rei vind.* proinde ſi mater fuerit ignobilis, quamuis pater nobilis ſit, non tamen liberi, ex diſpari huiuſmodi matrimonio procreati, efficiantur nobiles.

Ad hoc quippe expedita reſponſio eſt, primo liberos legitimos, quales etiā ſunt legitimati, per ſubſequens matrimonium *c. tanta. extr. qui filii ſint legitimi Nouell. 89. & Nov. 12.* quoad dignitatem, familiā, gentem &

rem & ſimilia, quæ iuris ciuilis ſunt, patris non matris ſtatum & conditionem ſequi *l.19.de ſtatu homin.l.9 & ſeq.ff. de ſenatoribus l.36. Cod. de decurionibus.* Deinde, etſi ſequerentur liberi, etiam quoad dignitatem & nobilitatem, conditionem matris, nobiles tamen eſſent, quia mulieres honore maritorum & genere nobilitantur *d.l.vlt.C.de incolis.l.mulieres 13.C.de dignit.l.8.ff.de ſenatoribus.*

Et hanc ſententiam poſteriorem approbat quoque Autor noſter contrariamque opinionem ait in iudicando non attendi, præterquam in ſpeciali caſu ſucceſſionis ex priuilegio, vel admiſſionis ad honores ex ſtatuto, quod in ſpecie requirit eiuſmodi nobiles, qui à paterno & materno genere certum numerum nobilium maiorum edere tenentur *vvolbürtige Rittersleute, die jhren Adel mit Schildt vnnd Helm bevveiſen können.* Ita quoque iure Saxonico feuda poſſidere in eaque ſuccedere non poteſt qui maiores non habuit nobiles *Lehenrecht c. 2. pr.* quod tamen vſu amplius non ſeruetur.

Litera B. Qu.42. *An adoptivus ſuccedat in feuda?* Illud de adoptiuis veriſſimum eſt, quod in feuda non ſuccedant per textum in *titul.26.§. adoptivus l.2.F.* vbi rotunde & expreſsè dicit Feudiſta: adoptivus filius in feudum non ſuccedit: atque huius ratio euidens eſt, tum quod Vaſallo feudi poſſeſſori integrum non ſit ius quæſitum agnatis ſuo facto auferre *l 11. de regul. iur.* aut efficere, quo minus legitimis ſucceſſoribus deficientibus feudum ad dominum reuertatur, tum etiam quod feuda dari ſoleant ſanguini, atque illis deferri, qui ex ſanguine primi acquirentis deſcendunt *t.13. §.etſi clientulus l. 1. F.* adoptio autem ius ſanguinis non adferat *l. qui in adoptione.ff.de adopt.* Tum quod in facultate Vaſalli eſſe non debeat, domino feudi inuito, ex aliena familia vaſallum ſubiicere; tum denique quod non præſumatur dominus, feudum concedens, ſenſiſſe aut cogitaſſe de filiis adoptiuis, quandoquidem ſemper intelligitur ad perſonam accipientis & poſterorum eius reſpexiſſe, *t. 23. in fin. libr. 2. F.* Hottom. Schenck Baro, Aluarott. & Cuiac. in *d. §. adoptivus. t. 26. libr.2. F.* Rittershuſ.in *P. F. cap.13. q.4. & ſeq.* Zaſius in *epit. feud p. 8. num.14.* Vultei.*dict.cap.9.num.90.* Weſenbec. *de feud.cap 6.num.13.* Cæterum Sonsbec. putat diſtinguendum eſſe circa adoptatos, perinde vt ſupra diſtinxerat in legitimatis, vt adoptati poſt feudum, à patre quęſitum, non ſuccedant, atque de his ea, quæ modò diximus, vt etiam *dict.§ adoptivus* exandiri debeant: ante verò feudũ, à patre acquiſitum, adoptati æquè ſuccedant atq; naturales legitimi. Atque huius diſtinctionis rationem hãc adferat, quod adoptati idcircò non ſuccedant in feudis, quia dominus non pręſumatur ſenſiſſe de talibus filiis, igitur ſuccedant adoptiui quos ſciuit ſenior feudum concedens vaſallum habere, quoſque vaſallus, ante feudum acquiſitum, adoptarit.

Sed diſtinctioni huic grauiter aduerſatur generalitas textus *dict. §. adoptivus t. 26.* qui abſolutè & indiſtinctè adoptivum in feudis ſuccedere negat.

Ad rationem vero Sonsbecii reſpond. ſi feudum illud, quod ad vaſallum poſt adoptionem factam peruenit, paternum ſit, non poſſe ſuccedere adoptatum cum præiudicio agnatorum & ſenioris: cum etiam de tali ſucceſſore non præſumatur primus conſtituens & feudum acquirens ſenſiſſe vel cogitaſſe: ſin verò feudum ſit novum, quod iam primum parenti conſtituatur, tunc quia ſuperiores rationes ceſſant, dubium non eſt, quin hoc caſu adoptiuus vaſalli filius ſuccedat, ſi ante acquiſitum feudum fuerit adoptatus, & conſtet feudum concedentem illud conceſſiſſe pro liberis etiam adoptatis. Quin etiam dubio procul tunc admittentur adoptati, cum in prima inueſtitura ita nominatim cautum eſt, vt & ipſi ſuccederent non minus atq; ex iuſtis

Digitized by Google

nuptiis procreati, Vultei. *dict. nu. 90. in fin.* & vt tum, quando omnes, de quorum præiudicio agitur, conſentiunt in hoc, vt adoptati ſuccederent, *argum. l. pen. Cod. de pact.*

In feudum ſanè hereditarium, quod iure hereditario defertur, quin adoptivus ſuccedat, dubitari non debet, cum in huiuſmodi feudum non iure feudali, ſed iure communi & hereditario ſuccedatur. Atqui in ſucceſſione hereditaria adoptiui æquiparantur & exæquantur liberis naturalibus *Nov. 118. c. 1. in verb. Cuiuslibet naturæ aut gradus.*

Quæ. 43 *An ſtatuto poſſit effici, vt adoptivus ſuccedat?*

Sed anne conſuetudine vel ſtatuto effici poſſit, vt adoptiui quoque ſuccedant in feudum, quæſtio eſt? Affirmat autor noſter, Alciatum & Roſenthalium ſecutus, quibus adſtipulatur quoque Vulteius *libr. 1. de feud. cap. 9. nu. 90.* Sneidew. *part. 6. num. 22. verſ. 4.* Sed quia ratione certa huius ſuæ aſſertionis deſtituuntur, & ſtatutum cum iure naturę & æquitate pugnans ſuumque ius tertio ſine cauſa auferens (quale eſſet hoc ſtatutum, quo adoptivus ad ſucceſſionem feudi admitteretur, vt ex prædictis patet) non ſubſiſtit, idcirco illis ſubſcribere nequeo.

Inſuper de filio, poſt donationem omnium vel maioris partis bonorum adoptato, controuertitur, anne locum faciat diſpoſitioni *l. ſi vnquam 8. C. de reuoc. donat.* qua cauetur, vt ſi quis, liberos non habēs, omnia bona vel maiorem illorum partem donarit alteri, & ipſi poſtea liberi ſuperuenerint, donatio reuocari poſſit.

Et quod locum habeat in adoptiuis diſpoſitio *d. l. ſi vnquam*, dicendum videtur, quoniam ea conſtitutio generaliter loquitur de LIBERIS: atqui adoptiui etiā liberorum appellatione veniunt, maxime in cauſa fauorabili, qualis hæc eſt de reuocanda donatione.

Veruntamen ab hac ſententia merito diſcedit autor noſter, tum quia *d. l. ſi vnquā* loquitur de liberis quos aliquis poſt donationem SVSCEPERIT; at ſuſcipere liberos, proprie eſt procreare liberos, & ſuſcipi dicuntur liberi naturales, non etiā adoptiui. Tum etiam quia *l. ſi vnquā* exceptionem continet à regula propoſita à Iuſtiniano in §. *2. Inſtit. de donat.* qua dicitur, donationes inter viuos iure perfectas reuocari non poſſe: atqui omnis exceptio ſtrictè accipi nec vltra ſuos terminos extendi debet. Igitur ad adoptiuos liberos accommodari non debet cum non propriè, ſed fictè ſint filii. Tum denique quia ratio illius *l. ſi vnquam*, in adoptiuis liberis expreſſe deficit. Ratio illius ſumitur ex coniecturata & præſumpta patris voluntate, quæ præſumitur donationem non facturus ſi ſciuiſſet, liberos ſibi ſuperventuros nec propriū ſanguinem poſtpoſiturus extraneo *l. cum acutiſſimi Cod. de fideicommiſſ.*

Litera D.

Quę. 44 *An adoptiui cō-tineātur conditione iſta ſi ſine liberis fideicommiſſi ſi ne liberis?*

Quæſtio præterea maximi momenti eſt, anne conditio iſta *ſi ſine liberis* contineat etiam liberos adoptiuos; ſic vt ſi fideicommiſſum hoc modo fuerit relictū ſi ſine liberis heres inſtitutus deceſſerit, non cogatur fideicommiſſum præſtare, ſi filio adoptiuo relicto deceſſerit.

Et quod teſtator in conditione iſta *ſi ſine liberis* adoptiuos nō fuerit complexus, his rationibus euinci videtur. 1. In dubio cenſetur teſtator de veris liberis & non de fictis ſenſiſſe, quia verba naturaliter & non ficte debent intelligi *l. vltim. Cod. de his qui veniam et. l. ſancimus. Cod. de nupt.* Atqui veri dicuntur liberi qui ſuſcipiuntur ſecundum naturam, ficti verò appellantur, qui fiunt ex iuris cenſura: non enim dicuntur veri liberi, quibus veritas naturæ deficit *l. filio quem pater. de lib. & poſthum.*

2. Præterea non debet eſſe in poteſtate ipſius heredis grauati ſuo facto deludere ſubſtitutum, cum facile ei eſſet adoptando extinguere fideicommiſſum *argum. l. nec ei. § 1. ff. de adopt.* vbi dicitur non eſſe omnibus conceſſum arrogare pupillum,

Digitized by Google

pillum, ne ſit in poteſtate tutoris facere quo tutela finiatur & ſubſtitutio pupillaris euaneſcat.

3. Facit pro hac ſententia textus *in l. fideicommiſſum. Digeſt. de condit. & demonſtrat.* vbi ad literam dicitur, quod fideicommiſſum à filiis relictum, ſi quis ſine liberis diem ſuum obierit, adoptionis commento non excluditur. Idemque probatur, *l. ſi ita quis. §. is cui. de legat. 2.* in qua dicitur, quod is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta eſt, non poſſit adoptando tertiam partem conſequi.

4. In dubio non debet recedi à propria ſignificatione vocis, cum de voluntate teſtatoris interpretanda agitur *l. non aliter. Digeſt. de leg. 3.* Atqui adoptiui proprie liberi non ſunt, cum appellatione liberorum nuſquam reperiatur inſigniri adoptiuos; vnde etiam communiter traditum; liberorum enunciationem ius ſanguinis tantum demonſtrare Tiraquell. *in l. 8. num. 14. C. de reuoc. donat.* Igitur cum quæritur anne teſtator in conditione iſta, ſi ſine liberis ſub appellatione liberorum comprehendere voluerit adoptatos, neceſſario dicendum, quod eos complecti noluerit.

Nec ad rem facit quod adoptiui liberi in ſucceſſione inteſtati æquiparentur naturalibus & legitimis *Nou. 118. c. 1. l. cum adoptiuis. C. de adopt.*

Reſp. Nam hoc habet locum in filiis adoptatis ab ipſo teſtatore ſiue defuncto, ſecus vero in adoptato ab herede, qui grauatus eſt fideicommiſſo ſub conditione *ſi ſine liberis.* Deinde conſiderandum eſt, vt filii faciant deficere conditionem fideicommiſſi & excludant ſubſtitutum, non ſufficere, eos poſſe ſuccedere ab inteſtato, & fraudem non eſſe commiſſam, ſed oportet eos etiam habere teſtatoris voluntatem, quæ videtur in adoptiuis deficere, cum verba teſtatoris naturaliter & vere, non autem ficte debeant intelligi, *arg. l. filio quem pater. Digeſt. de lib. & poſthu.* Quæ ratio facit quoque vt nec adoptati ante teſtamentum factum conditione iſta fideicommiſſi *ſi ſine liberis* comprehendantur.

Quæritur poſtremo ſi quis filium adoptiuum heredẽ inſtituerit ipſumque fideicommiſſo grauarit, anne tunc conditio iſta ſi ſine liberis tacite ſubintelligatur & liberi ſubſtituto prælati cenſeantur? Cauit enim Iuſtinianus vt ſi teſtator aliquem ex ſua progenie heredem inſtituerit tacita iſthæc conditio ſubintelligatur *leg. generaliter paragraph. cum autem. Cod. de inſtitut. & ſubſtit.* Qu. 45. *Si adoptiuus filius heres inſtituatur, anne tunc in fideicommiſſo tacite ſubintelligatur iſta conditio* Si ſine liberis?

Equidem Iaſon pro Affirmatiua militat cui & alii adſtipulantur: quorum iſtæ ſunt rationes. 1. Cum adoptiuus hodie quoad ſucceſſionem inteſtati, per omnia ſit exequatus liberis naturalibus legitimis; idcirco ſicut his inſtitutis & ſimpliciter fideicommiſſi reſtitutione grauatis, tacita ſubintelligitur conditio, ſi ſine liberis deceſſerit; ita quoque cum adoptiui inſtituuntur heredes & fideicommiſſo grauantur, eadem hæc conditio ſi ſine liberis legitimis & naturalibus deceſſerit, ſubintelligi debebit.

2. Deinde ſicut teſtator filium adoptiuum prætulit ſubſtituto, ita videtur voluiſſe etiam eius liberos præferre.

3. Poſtremo idem Iaſon conſiderat quod naturales tantum liberi, à filio grauato procreati, non excludunt ſubſtitutum, & tamen ſi filius naturalis tantum fuerit heres inſtitutus & poſt mortẽ ſimpliciter grauatus, eius filii legitimi & naturales ex verſimili mẽte teſtatoris excludunt ſubſtitutum; vnde concludendum videtur, quod ſimili modo, ſi adoptiuus fuerit inſtitutus heres & ſimpliciter fideicommiſſo grauatus, tacita ſubſit conditio *ſi ſine liberis*, cuius vi atque vigore præferantur & ipſi ſubſtituto.

Ceterum alii in contrariam concedunt ſententiam, ſtatuentes in adoptiuo inſtituto & fideicommiſſo grauato prędictam

Digitized by Google

tacitam conditionem ſi ſine liberis ſubintelligi non poſſe: ideo quia vt hæc conditio tacita intelligatur, patria poteſtas non inſpicitur, ſed ſola cauſa naturalis *d. l. Cum acutiſſimi C. de fideicommiſſis.* hæc ſcilicet quod veroſimile non ſit teſtatorem voluiſſe extraneum proprio ſanguini anteferre. Quam rationem in liberis adoptiui filii deficere manifeſtiſſimum eſt.

Mihi perplacet Franciſci Mantuæ diſtinctio, qua ita diſtinguit, vt ſi adoptati à perſona non extranea fuerint ab adoptiuo patre inſtituti atque fideicommiſſo grauati; hæc ſubintelligatur conditio ſi ſine liberis deceſſerit, quia ratio modo ex *d. l. Cum acutiſſimi. Codic. de fideicommiſſ.* deducta in his locum ſibi vindicat, quia de ſanguine teſtatoris ſunt. Secus vero ſi adoptiuus heres inſtitutus atque fideicōmiſſo grauatus ſit à perſona non extranea adoptatus ob rationem eandem *d. L. cum acutiſſimi.*

Non aduerſantur huic ſententiæ pro prioris Iaſonis opinione adducta: nam ad primum reſpondetur, falſum eſſe quod filii legitimi per omnia ſimiles ſint legitimis & naturalibus: non ſane tunc quando agitur de eo quod nititur coniectura legis, quæ ex præſumptione naturæ ducitur; vt hoc in loco fieri patet ex prædictis.

Ad ſecundum reſpondetur: non ſequi: prætulit teſtator ſubſtitutum: ergo etiam eius heredes eidem præferre voluit: alioquin ſequeretur quando quiuis extraneus heres inſtituitur & ſimpliciter fideicommiſſo grauatur, liberos quoque eius ſubſtituto eſſe prælatos, eamque conditionem ſi ſine liberis tacite eſſe ſubintelligendam. Deinde diuerſa eſt ratio ipſius adoptiui filii & eiuſdem liberorum, quoniam in filio adoptiuo, qui heres inſtitutus eſt, expreſſa relucet voluntas defuncti, volentis ipſum ſubſtituto præferri: at in liberis ipſius adoptiui neque expreſſa apparet, & præſumptæ ſeu coniecturatæ voluntatis ratio, quæ in naturalibus iure ſanguinisque coniunctione fundatur *d. l. cum acutiſſimi* penitus deficit.

Ad poſtremum reſpondetur, conſequentiam itidem negando, quia in filio naturali, herede inſtituto, coniectura voluntatis teſtatoris ideo locum habet, quia naturalis ratio & affectio talem coniecturam voluntatis parit, quam etiam lex ipſa extendit & ſpecialiter expreſſit: at in filiis adoptiuis deficit hæc ratio naturalis & lex ipſa ad eos non extendit.

RESOLVTIO THESIS *Vndecima.*

ADoptioni affinis eſt vnio prolium Germanice *die Einkindtſchafft* quæ ab Autore noſtro definitur *quod ſit pactum inter parentes eorumque ex diuerſo matrimonio ſuſceptos & ſuſcipiendos liberos, præſuppoſito filiationis iure, de mutua inuicem ſucceſſione, coram ordinario loci magiſtratu cum cauſa cognitione, adhibitis iis, quorum intereſt & actis interuenientibus, rite recteque initum.* *Lit. A.*

Sed hoc pacto vnionis prolium vtrumne licitum an vero illicitum legibuſque prohibitum ſit, non æque conſtat inter iuris Interpp. Et quod vnio prolium ſit illicita, his probari videtur rationibus. Qu. 46. *An pactū vnionis prolium ſit licitū, an vero illicitū?*

1. Quia talis pactio eſt de futura ſucceſſione, iure improbantur, tanquam bonis moribus contrariæ *leg. fin. Codic. de pact.*

2. Accedit quod huiuſmodi pactio de vniendis prolibus auferat liberam teſtandi facultatem, qualis pactio iure improbatur, textus eſt *in leg. 15. Codic. de pact.* in qua Impp. *pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre heres patris ſui eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

Acce-

Digitized by Google

3. Accedit quod expediat publice vt liberi parentum vltionem & exheredationem metuant: atqui hoc pacto vnionis prolium ſubſiſtente, non metuerent amplius exheredationem paternam; ſiquidem non poſſent, obſtante videlicet pactione paterna, liberi à patre exheredari.

4. Inſuper hereditas pactis dari non poteſt *l. hereditas Codic. de pact. conuent. int. vir. & vxor.* Datur autem pacto hereditas, cum vnio fit prolium.

5. Et denique huc referri debent omnia illa argumenta, quibus pactum de ſucceſſione viuentis, deque futura hereditate initum improbatur, quæ infra *diſp. 6. theſi 8.* diſſoluentur.

Cæterum pro vnione prolium hæc proferri ſolent argumenta. 1. Quod huiuſmodi pactum non ineatur principaliter ſuper ſucceſſione, ſed ſuper cooptatione filiorum, cum mutua quędam coniunctio fraterni nominis inter proles vtriuſque matrimonii contrahatur, & vt fraterna dilectio eo melius coaleſcere poſſit ex ſucceſſionis æqualitate.

2. Quæ iure ciuili ſtatuta ſunt, ea contrario iure ciuili ſubmoueri poſſunt: atqui teſtandi facultas iure ciuili eſt introducta: igitur contrario iure ciuili tolli poteſt.

3. Pactum de reciproca, ſiue mutua ſucceſſione valet *l. 19. Codic. de pact.* Atqui vnio prolium eſt pactum de reciproca & mutua ſucceſſione prolium. Ergo licita eſt & legibus conceſſa.

Sunt qui mediam ſententiam amplectantur & rem ita digerendam exiſtiment, vt valeat quidem hoc pactum, ſed ita vt quoad legitimam reuocari poſſit à parente: atque hac ratione hanc Interpretum pugnam conciliandam exiſtimāt Theſſaurus *deciſ. Pedemont. 225. n. 13.* Andr. Tiraq. *in tract. de primogenit. q. 7. n. 7.* Aluarott. *c. 1. ſi de feud. contr. fuerit. n. 3.* Petr. Gilcken. *in l. 15. C. de pact.*

Atque hanc ſententiam hac ratione defendunt, quod *in l. fin. C. de pact.* pactum de futura ſucceſſione ſic demum valeat, ſi tertius ille, de cuius hereditate pactum initur, conſenſerit & in ea voluntate ad extremum vitæ terminū perſeuerauerit.

2. Quia hoc moderamine admiſſo, fundamenta illius ſententiæ corruunt: Si enim parenti permittitur reuocare huiuſmodi pactum, non eſt contra bonos mores, nec pietatem lædit, nec votum captandæ mortis inducit, nec teſtandi licentiam adimit, ſed naturam vltimæ voluntatis, quæ reſcindi poſſit, induit, non quidem vi pacti, ſed auctoritate conſuetudinis.

Ex hiſce rationibus non poſſum non probare ſententiam Petri Gilckenii, ſtatuentis pacta dotali inſtrumento, vel quouis alio comprehenſa, de bonis ex æquo inter proles ſuas ita diuidendis, vt nulla parenti moderandi facultas ſuperſit, non eſſe efficacem, nec patrem ita adſtringere & obligare vt poteſtatem teſtandi de bonis ſuis amplius non habeat liberam, quamuis id ſtatuto diſerte ſit cautum, aut conſuetudine inualuerit, cum talis conſuetudo corruptela potius ſit dicenda, vt quæ cum iure naturali pugnet, pietatem lædat, omnia illa incommoda adferat, quę ſupra complexi ſumus.

Quod ſi vero hæc reſeruetur patri teſtandi, deque rebus ſuis libera diſponendi facultas, nulla ratio amplius eſt, quæ huiuſmodi prolium vnioni poſſit eſſe impedimento. Cum *in l. fin. C. de pact.* aperte caueatur valere pactum de ſuccedendo, ſi tertius ille, de cuius hereditate illud interponitur, ſuum accommodet conſenſum & exitum quoque & effectum ſortiri, ſi in eadem voluntate ipſe permaneat ad extremum vſque vitæ terminum.

Igitur licet notoria Germaniæ noſtræ conſuetudine vnio prolium ſit recepta & in Camera Imperiali quoque approbata; ſic tamen intelligenda erit confirmatio *Lit. B.*

ista

Sed de hoc, vtrũ pactum reciprocæ ac mutuæ ſucceſſionis valeat, dicetur infra in *diſp.6.theſ.8.* vide quæ in hac theſi ſub *lit. A.* dicta ſunt.

Lit. G. Addit in definitione Autor noſter quod fiat coram ordinario loci magiſtratu: nam adoptionem non poſſe priuatim celebrari, ſed coram magiſtratu eam celebrandam eſſe, conſtat ex *lege 2. ff. de offic. procurat. l. 36. ff. de adopt. pr. & §. 1. Inſtitut. eod. tit.* Atqui vnio prolium eſt ſpecies quædam adoptionis, vt hactenus aliquoties dictum. Igitur coram iudice competente atque cuiuſque loci ordinario magiſtratu fieri debet. Et cum cauſæ cognitionem deſideret vt iam dicetur, conſequens eſt eam coram magiſtratu ordinario neceſſario eſſe faciendam.

Lit. H. Cauſæ autem cognitionem deſiderat prolium vnio & quidem exactam, qua inquiratur & excutiatur quæ ſint facultates eorum, quorum nomine parificatio prolium petitur, vt ex comparatione earum æſtimetur, an vtrique ſalubris ſit futura, ne liberi primi vel ſecundi matrimonij indebite damnum ſentiant *leg. 1. §. ſed ſi quis. ff. de Carbon. edict. l. Nec hi. §. Et primum. ff. de adopt.* Vbi enim maius periculum ibi cautius agendum. Gailius *d. obſeruat. 125.* Interim tamen quoad hanc cauſæ cognitionem ſtatuta cuiuſque loci obſeruanda ſunt.

Lit. I. Adhibendi etiam ſunt prolium vnioni illi, quorum intereſſe in ea vertitur; veluti tutoribus, curatoribus & conſanguineis *argum. l. 2. C. de adopt.* ex qua inferunt, quod cum in adoptione requiratur illorum præſentia quorum intereſſe in ea vertitur, ideo in vnione prolium, quæ ſpecies eſt adoptionis conſimiliter præſentiam agnatorum aliorumque, quorum ad intereſſe illa ſpectat, deſiderari.

Lit. K. Poſtremo requiritur ad vnionem prolium legitimam, vt fiat *actis publicis interuenientibus*, quia & hæc ad adoptionem deſiderantur *l. fin. C. de adopt.* Et hac etiam conditione vnionem prolium in Camera Imperiali eſſe confirmatam, teſtis eſt Andreas Gailius *2. obſeruat. 125. n. 7.*

RESOLVTIO THESIS *Duodecimæ.*

Lit. A. HActenus de patria poteſtate eiuſdemque cauſis efficientibus & conſtituentibus dictum eſt, reſtat vt paucis dicatur quibus modis ius patriæ poteſtatis diſſoluatur.

Et quidem primo ſoluitur MORTE: non modo patris, ſed etiam filij *§. 1. Inſt. quibus mod. ius patr. poteſt.* conſiſtit ſiquidem patria poteſtas inter duo correlata, patrem & filium, quorum alterutro ſublato & extincto, ipſam quoque extingui neceſſum eſt. Quod ſi tamen nepos in aui ſui paterni poteſtate exiſtat, etſi morte aui patria poteſtas, quam ipſe in nepotem habuit, finiatur: non tamen ſui omnino iuris efficitur nepos, ſed poſt aui mortem in patris ſui poteſtatem recidit, vt monet Imperator Iuſtinianus in *d. §. 1.*

Secundo ſoluitur patria poteſtas capitis diminutione maxima & media, quæ MORS CIVILIS dicuntur, eo quod per illas non aliter quis è medio ciuium Romanorum tollatur, atque per mortem naturalem. *§. 1. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſoluit.* Maxima ſiquidem libertatem adimit & ciuitatem, efficitque ſeruos quos afficit: ſerui autem liberos in poteſtate habere nequeunt, quia patria poteſtas ciuilis eſt ciuiumque Romanorum propria, cuius iuris ciuilis ſerui communionem non habent *leg. 32. ff de R. Iur.* Media, ſalua libertate, tollit ciuitatem & conſequenter patriam poteſtatem, vt quæ nemini competere poſſit, niſi qui ciuitatis iure gaudeat.

Tertio ſoluitur patria poteſtas dignita-

te, qua auctus atque ornatus eſt filiusfamil. Et quidem olim ſola patriciatus dignitate diſſoluebatur, vt teſtatur Iuſtinianus in §. *Filiusfam. Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* patricij vero illic appellantur non qui ex Senatoribus nati ſunt, in qua ſignificatione patricij dicuntur in §. *4. Inſtit. de iur. natur gent. & ciuil.* Sed patricij vocantur Principis ſeu Imperatoris Romani Conſiliarij, inde vero hoc nomine & titulo inſigniuntur, quia illos patres ſibi Princeps elegerit; cum vti parentis conſilio liberos ſuos regunt, ita conſiliarij Principem. Cæterum hodie non modo hæc dignitas à poteſtate patris liberat, ſed & aliæ quædam dignitates, omnes videlicet illæ, quæ à curia eximunt, quales ſunt Conſulatus, Conſularitas Præfectura prætoriana, præfectura vrbis in acta conſtituta, non Codicillaris, Magiſterium militum & Epiſcopatus. *Nouell 81.*

Lit. C. Qu. 49. *An Doctoralis dignitas liberet à patria poteſtate?*

Quibus dignitatem Doctoralem non eſſe accenſendam puto, quoniam hæ tantummodo nunc recenſitæ dignitates nominatim excipiuntur; dignitas vero Doctoralis nuſpiam excepta reperitur, vnde dicendum eſt dignitatem Doctoratus non eximere filium poteſtate patria. Et ſane hæc poteſtas diſſoluitur non niſi iure: nullum autem ius eſt, quo conſtitutum & introductum ſit dignitatem Doctoratus filium à poteſtate patria liberare: neque liberum eſt ius aliquot fingere vbi ius non eſt.

Et quanquam apud veteres Romanos incognita fuerit Doctoralis dignitas: tamen concedi ſolebat à Romanis Imperatoribus poteſtas de iure reſpondendi, in cuius locum ſucceſſit mos ille creandi Doctoris iuris: nec ullibi legitur hanc poteſtatem de iure reſpondendi à patria poteſtate liberaſſe, ita etiam Vult. qui fatetur quod, etſi hæc opinio theoricæ veritati magis ſit conſona, contrariam tamen opinionem cõmuniter eſſe approbatam à Dd.

Lit. D. De Monachiſmo anne liberet à poteſtate patria, pari modo quæritur? Et quãquam expreſſa conſtitutio hac de re nulla occurrat, qua Monachus, religionem aſſumens, poteſtate patria liberari dicatur: quia tamen poteſtati ſubiicitur Abbatis, à cuius, non vero à patris ſui naturalis nutu & arbitrio pendet, ideo non poteſt in patris naturalis poteſtate manere: cum nemo poſſit ſimul in duorum eſſe poteſtate.

2. Accedit quod præcipui patriæ poteſtatis effectus ingreſſu filij in monaſterium deficiant: quia filius monachus factus non amplius acquirit patri ſed monaſterio, ac ne à patre amplius ſed ab Abbate coerceri poteſt. *Auth. ingreſſi. C. de SS. Eccleſ.* Et prohibetur parens filium vindicare atque ex monaſterio abducere *Nouell. 123. cap. 4.* Qui tamen & ipſe patriæ poteſtatis effectus eſt *l. 1. §. 2. ff. de rei vindicat.*

Lit. E. Soluitur inſuper patria poteſtas minima capitis diminutione, hoc eſt adoptione, à non extranea perſona facta §. *ſed & ſi 8. Inſtitut. quib. mod. ius patria poteſt. ſoluitur.* §. *ſed hodie. 2. Inſtit. de adopt.* & emancipatione §. *præterea 6. Inſtitut. eod. tit.* & quidem olim certis fiebat ſolennitatibus emancipatio, trina videlicet venditione, qua in ſeruilem ſtatum deducebatur filius & precio imaginario ſuppoſititio emptori vendebatur, ſed haſce ambages & inanes ſubtilitates ac ſolennitates ſuſtulit Iuſtinianus atque conſtituit, vt paterfamil. filium ſuum emancipaturus, rectâ accedat competẽtem magiſtratum ac coram eo profiteatur, velle ſe filium ſuum ſua è poteſtate dimittere *dict. §. præterea Inſtitut. quib. mod. ius patr. pot. ſolu.*

His vero ſolennitatibus, venditionibus, inquam, imaginariis & mancipationibus ſublatis, anne deſierit eſſe capitis dimi-

diminutio, controuertitur, quam quæſtionem infra tractabimus ſub *diſp. 11. theſ. 16.* Etſi autem emancipatio hodie noſtris moribus, fere in vſu eſſe deſierit: præſumitur tamen tunc tacite facta, quando pater filium patitur res ſuas ſibi habere proprias, atque de illis diſponere permittit vt licet de rebus ſuis patriſam. Deinde præſumitur quoq; emancipaſſe, ſi filium in matrimonium collocet, quod etiam iure Saxonico receptum & confirmatum eſſe probat Conſtit. Elector. Auguſti *p. 2 tit. 10.*

Finis huius diſputationis ſecundæ

XXVIII. An in Cadauera mortuorum poſſit Imperium merum exerceri? ibid.
XXIX. An poteſtas ferendi legem ſit meri imperij? 206
XXX. An deportatio ſit ſpecies maxima capitis diminutionis? 208
XXXI. An Carcer perpetuus ad ſecundum gradum meri imperij referri debeat? 209
XXXII. An membri mutilatio ſit referenda ad ſupremum gradum meri Imperij? 210.
XXXIII. An pœnæ infamiæ ſint ad ſupremum gradum meri Imperij referendæ? 212
XXXIV. Ad quem gradum debeat referri relegatio? ibid.
XXXV. An præſides prouinciarum habuerint ius deportandi? 216
XXXVI. An imperium merum olim habuerint etiam priuati? 217
XXXVII. An merum Imperium poſſit delegari? ibid.
XXXVIII. An præter abſentiam aliæ ſint? 219
XXXIX. An ex cauſa abſentiæ ipſum merum Imperium an ſolum eius exercitio demandetur? 220
XXXX. An conceſſione pleniſſima & omnimoda iuriſdictionis etiam merum imperium contineatur? 221
XXXXI. An conceſſo alicui Caſtro cenſeatur eidem merum Imperium conceſſum? ibid.
XXXXII. An Iuriſdictio præſumatur priuatiue, an cumulatiue conceſſa? ibid.
XXXXIII. An merum Imperium hodie poſſit mandari? ibid.
XXXXIV. An Nouo iure Ciuili Iuſtinianeo poſſit merum imperium mandari? 222
XXXXV. An merum Imperium iure Canonico ſit delegabile? ibid.
XXXXVI. An merum imperium præſcriptione poſſit acquiri? 223
XXXXVII. An quis tempore immemoriali poſſit ſe eximere imperio ſui principis? 22
XXXXVIII. An mandata Iuriſdictio poſſit prorogari? 225
XXXXIX. An quis ſuis & ſibi poſſit ius dicere? 226
L. Quanto tempore quis domicilium acquirat? 228
LI. Quænam ſint Coniecturæ contracti domicilij? 228
LII. An ex contractu quis forum ſortiatur in loco contractus? 229
LIII. Ex delicto vbinam quis forum ſortiatur? 230
LIV. An facineroſi etiam in loco in quo reperiuntur, conueniendi ſint? ibid.
LV. An reus ad locum delicti ſit remittendus? 231
LVI. An ſi in loco domicilij non ſit res ſita, actio in rem nihilominus ibi inſtitui poſſit? 234
LVII. An clericus forum ſortiatur ex loco rei ſitæ? 236
LVIII. An in locum contractus ſit remittendus, qui alibi reperitur? 237
LIX. An miſerabiles perſonæ priuilegio d. leg. vnic. renunciare poſſint? 238
LX. An beneficio d. l. vnic. gaudeant locupletes? ibid.
LXI. An cœlibem vitam fœminæ agentes gaudeant beneficio dict. l. vnic. 239
LXII. Quænam in d. l. vnic. intelligantur per ſonæ miſerabiles? 241
LXIII. An miſerabilibus perſonis ſtudioſi accenſeri debent? ibid.
LXIV. In cauſa feudali an locum habeat d. l. vnica. 242

LXV. *An Conſtitutio iſta locum habeat, cum iudicium cœptum eſt coram ordinario?* ibid.

LXVI. *An ex terris vaſallorum poſſint perſonæ miſerabiles ſuos aduerſarios euocare?* 243

LXVII. *An Confeſſoria & Negatoria actiones de Iuriſdictione competant?* ibid.

LXVIII. *Quando liceat reuocare prorogatam Iuriſdictionem?* 246

LXIX. *Quomodo Iuriſdictio prorogetur?* 247

LXX. *Si iurata ſit conuentio an adhuc pœnitere liceat?* 248

DISPV-

Digitized by Google

DISPVTATIONIS TERTIÆ

De

IVRISDICTIONE,

THESIS PRIMA.

Reſolutio.

Lit. A. Queſt. 1. *Vnde Iuriſdictionis nomẽ deriuetur?*

IVriſdictionis vocabulum vnde deſcẽdat, expeditum non eſt: nonnulli enim illud à IVRE & DITIONE deriuant, quoniam maxima & ſumma poteſtas ditio iuris appellatur. Aliqui vero à *iure dicundo* illud deducunt, eo quod is, qui iuriſdictionem habet & exercet dicitur ius dicens *l. 1. ff. de Iuriſd.* & ius dicere *l. 10. ff. de offic proconſ.* quæ poſterior ſententia Autori noſtro arridet, eamq; & ipſe defendi in *tract. de Iuriſd. poli. part. 1. c. 1. q. 1.* vbi vide.

Lit. B. Definitur Iuriſdictio, generaliter accepta, quod ſit ſtatuendi de re qualibet & conſtituti exequendi legitima poteſtas.

Quæ Iuriſdictio appellatur pleniſſima *l. 7. §. fin. ff. de offic. proconſul.* Itemque omnimoda *Clem. vnic. §. iiſdem extr. de foro competente.* Et ſub ſe complectitur totum ius dicentis ſeu magiſtratus officium, quod latiſſimum eſſe dicitur in *l. 1. ff. de Iuriſd.* atque nõ ſolum ad cauſas ciuiles, ſed ad criminales quoq; ſeſe extendit.

Queſt. 2 *An ſit aliqua iuriſdictio criminalis diſtincta à mero imperio?*

Et quanquam non deſint, qui inficientur criminalem aliquam eſſe iuriſdictionem diſtinctam à mero Imperio, hac tamen ratione validiſſime refutantur, quod ius dicere & iuriſdictio ſint coniugata: in cauſis vero etiam criminalibus ius dicatur *l. 2. §. & quia. ff. de origin. iuris.* vbi Pomponius ait *de capite ciuis Romani non erat permiſſum conſulibus ius dicere.*

Contrarijs argumentis quibus diſſentientes mouentur, ſatisfeci in *d. tract. de Iuriſd. c. 1 q. 2.*

Lit. C. Illud Autori noſtro minimè largiendum exiſtimo, quod ſtatuit Iuriſdictionis nomen ad notionem quoque pedaneorum iudicum extendendum eſſe: hunc enim craſſum eſſe errorem, mox in theſi ſequenti ſecunda dilucide oſtendam.

Lit. D. Quæſt. 3 *An merũ imperiũ iuriſdictionis appellatione cõtineatur?*

Sic etiam nec illud admittendum videtur, quod Treutlerus noſter merum Imperium appellatione Iuriſdictionis contineri ſtatuit. Nulla ſiquidem lex eſt, nulla principis conſtitutio, qua merum Imperium Iuriſdictionis ſpecies conſtituatur. Criminalem vtique eſſe Iuriſdictionem vltro fateor, ſed hanc à mero Imperio eſſe diſcernendam, plane mihi perſuaſum habeo. Etenim merum Imperium eſt poteſtas gladij ad animaduertendum in facineroſos *l. 3. ff. de Iuriſdict. l. 70. ff. de regul. iur.* Iuriſdictio vero crimi-

criminalis eſt ius cognoſcendi de cauſis criminalibus: & ſicut ſe habet Iuriſdictio ciuilis ad imperium mixtum, ita quoque ſeſe habet iuriſdictio criminalis ad imperium merum.

Hinc non eſt difficilis reſponſio ad fundamentum Autoris quod conſtituit in *l. 1. ff. de offic. eius cui mandata eſt Iuriſdict.* nam Iuriſdictio ibi non ſignificat imperium merum, ſed iuriſdictionem criminalem: nec euincit iſte textus quod publici iudicij exercitio idem ſit quod iuriſdictio, ſed id ſolum probat quod iuriſdictio contineatur exercitione publici iudicij, vt dilucide oſtendi *d. tractat. de Iuriſdict. part. 1. c. 1. q. 3.*

Lit. E.

Queſt. 4 *An iuriſdictio ſit poteſtas conſtituti exequẽdi.*

Addit Autor noſter in definitione, iuriſdictionem plene acceptam, eſſe poteſtatem non modo ſtatuendi de cauſis ciuilibus & criminalibus, ſed etiam eſſe facultatem conſtituti exequendi, quod poſterius falſò nititur præſuppoſito, ſiquidem Autori noſtro perſuaſum eſt, Iuriſdictione imperium quoque contineri, merum & mixtum, quorum vtrumque in executione conſiſtit, quam opinionem ſupra refutauimus, cum nullibi in iure ciuili iuriſdictionis nomen tribuatur imperio, ſed nullibi non Imperium diſcernatur à Iuriſdictione, eidemque opponatur, quamuis minime diffiteat Iuriſdictionem ab Imperio ſeparari non poſſe *l. fin. ff. de offic. eius cui mandata eſt Iuriſdictio.*

RESOLVTIO THESIS *Secundæ.*

Lit. A.

POteſtatem ſtatuendi duplicem facit Autor noſter vnam nudam, quam appellitat notionem iudicum pedaneorum, & alteram non-nudam, ſiue legitimam.

Quæſt. 5 *An iudices pedanei habeant aliquam iuriſdictionem?*

Priorem rectè nudam appellat, quia eſt nuda & ſeparata ab omni iuriſdictione: neque enim pedaneis iudicibus vlla eſt tribuenda iuriſdictio. Tum quia iuriſdictio eſt iudicis dandi poteſtas *l. 3. de Iuriſdict.* at iudex datus, ſiue pedaneus, non poteſt dare iudicem *l. 5. C. de iudic.* tum quia ſi iudex pedaneus haberet iuriſdictionem, poſſet ſententiam ſuam ipſe exequi *argument. l. fin. ff. de offic. eius.* Atqui ſententiam ſuam non poteſt exequi iudex pedaneus *l. à Diuo. ff. de re iudic.* tum quia in *l. 3. C. vbi & apud quem.* expreſſe ſcribitur, eos, qui dantur à iudicibus, propriam Iuriſdictionem non habere, ſed tantummodo iudicandi facultatem. Tum quia pedanei iudices negantur habere iuriſdictionem, & ſolam notionem habere dicuntur in *l. 5. princ. ff. de re iudic.*

Non obſtat quod iudex Pedaneus poteſt citare aliaque facere quæ ſunt Iuriſdictionis: nam iſta facit non vi Iuriſdictionis ſuæ, ſed vi delegationis, ſibi factæ, poteſtate.

Non mouet *rubrica Cod. de Iuriſdictione omnium iudicum, & de foro competenti.* Nam per iudices illic non intelliguntur iudices pedanei, ſed magiſtratus, vt rubrica iſta intelligenda ſit de Iuriſdictione omnium magiſtratuum: nam magiſtratus quoq; in iure iudices appellantur. *l. 2. ff. ſi in ius voca. non ierit. l. 1. de iudic. l. 22. §. eo autem. ff. ſolut. matrim. l. pen. ff. de iud. l. 3. C. vbi & apud quem.* Cum igitur & magiſtratus iudicis nomine inſigniantur atque ordinarie iudicare ſoleant *l. 2. Codic. de pedan. iudic.* & vero ex prædictis rationibus & textibus liqueat, quod iuriſdictione deſtituantur pedanei iudices, non poteſt prædicta rubrica de pedaneis iudicibus intelligi.

Conſimiliter nihil mouet quod in *Nouell. 53. ca. 4.* iudex dicitur dare iudicem; quod iuriſdictionis eſt *leg. 3. ff. de iuriſd.*

Digitized by Google

iuriſd. quodque iudici ibidem tribuitur miſſio in bonorum poſſeſſionem, quæ itidem iuriſdictionis & Imperij eſt *l. 4. ff. de iuriſdict.* nam eo quoque in loco per iudicem, non intelligitur iudex pedaneus, ſed magiſtratus, qui hodie ordinarie iudicare ſolet, vt ex prædictis patet.

Non impedit quoque *Nouella 82. cap. quinti, inſcriptio ſiue rubrica,* quæ habet *de Iuriſdictione iudicum pedaneorum:* nam rubricæ & inſcriptiones Nouellarum non ſunt Authenticæ, nec habent vllam autoritatem, vt proinde ex illis non poſſit firmum duci argumentum, maxime contra textus iuris expreſſos.

Queſt. 6 *An iuriſdictio ſit ſolius magiſtratus propria?*

Eſt igitur Iuriſdictio magiſtratus ſolius propria eidemque dicitur iure magiſtratus competere *l. 1. princ. ff. de offic. eius.* Itemque proprio iure competere *l. 5. ff. de Iuriſdict.* Vnde ad hoc conſtitutus dicitur magiſtratus, vt ius dicat *l. 2. §. 13. & §. Cumque conſules. ff. de origine iur.*

Non obſtat huic quod præfectus annonæ & præfectus Vigilum non ſint magiſtratus *l. 2. §. 33. ff. de origin. iur.* Et tamen propriam Iuriſdictionem habeant *l. 2. & tot. tit. ff. de offic. præf. Vigil. l. fin. §. fin. ff. ad L. Iul. de annona.*

Nam præfectus Vigilum & præfectus annonæ ſunt magiſtratus, non quidem ordinarij, ſed extraordinarij: atque ita intelligendus eſt Pomponius in *dict. l. 2. §. 33.* cum negat, quod ſint magiſtratus, de magiſtratibus ordinarijs.

Quæſ. 7 *An iudex iudicẽ dare poſſit?*

Ex eo quod pedaneus iudex iuriſdictionem non habet, recte infertur, quod iudicem dare non poſſit: quandoquidem iuriſdictionis eſt dare iudicem *dict. l. 3. ff. de iuriſdict.* Atque etiam diſerte affirmatur in *l. 5. C. de iudic.* vbi ita ſcribitur: *à iudice iudex delegatus iudicis dandi poteſtatem non habet. Cum ipſe iudiciario munere fungatur.* Et cum hic textus ſit generalis atque indiſtincte loquatur, ratione inſuper generali nitatur, idcirco veriſſima eſt illorum ſententia, qui ſtatuunt quod ne quidem ad vnum articulum poſſit iudicem dare.

Nec obſtat *Clement. 1. de officio delegati:* nam loquitur illa de delegato Principis, ſeu de iudice à Principe dato, qui iure etiam Ciuili, alium iudicem dare poteſt *dict. l. 5. C. de iudic.* ratio vero eſt iſta, quod iudex à principe datus non habet nudam duntaxat notionem, ſed Iuriſdictionem etiam & Imperium.

Queſt. 8 *An iudex à principe datus poſſit ſuã iuriſdictionem exequi?*

Anne igitur hic iudex à principe datus, ſententiam ſuam exequi poterit? De iure Canonico res videtur eſſe expedita, quod nempe poſſit ſententiam ſuam exequi: ita enim expreſſe ſcriptum eſt, in *cap. ex literis 29. cap. Paſtoralis. & cap. ſignificaſti. extr. de offic. iud. delegati.* de iure ſaltem ciuili dubitatur. Et Duarenus ſtatuit, eo iure non competere principis delegato poteſtatem exequendi ſententiam ſuam.

Quia in *Nouell. 53. cap. 4.* Iuſtinianus diſſerens, tam de iudice dato à magiſtratu, quam de iudice dato à principe, ait referre debere ad eum, qui dedit. Igitur datus à principe referre debet ad principem.

Cæterum contraria ſententia ſine dubio verior eſt, quod nempe delegatus principis ipſemet ſententiam ſuam exequi poſſit.

1. Quia exequi poteſt ſententiam iudicis, quem ipſe dedit *l. 15. pr. ff. de re iudic.* igitur multo magis exequi poterit ſententiam ſuam, à ſe prolatam.

2. Quia iudex à principe delegatus, non ſolum notionem habet, ſed etiam iuriſdictionem & Imperium *l. à iudice C. de iudic. l. vnic. C. pro ſua iuriſdict.* Atqui omnis, qui iuriſdictionem habet & Imperium, is quoq, exequi poteſt ſententiam

Digitized by Google

ſuam à ſe dictam, cum Imperium conſiſtat in executione *l.3.ff.de iuriſdict.* & Iuriſdictio ſine modica coercitione nulla eſt *l.fin.ff.de offic.eius.*

3. Quia habet etiam apparitores ſuos. *Nouell. de Teſtib.* & *Nouell. de duob. reis.* Ad quid vero apparitores haberet, niſi ſententiam ſuam exequi poſſet & contumaces ac parere nolentes coercere.

4. Accedit quod delegatus principis habeat plus iuris maioremque poteſtatem, omnibus poſt principem *l. minor autem.ff. de minoribus.* Quare cum nullus ſit magiſtratus, qui ſententiam ſuam exequi non poſſit, abſurdum eſſet dicere, delegatum principis non poſſe ſententiam, à ſe latam, exequi.

Non obſtat *d. Nou.53.cap 4.* Nam ad eam bene reſpondet Scipio Gentil. per eum, qui datus eſt à iudice ex ſacra forma aut iuſſione, non intelligi datum à principe, ſed datum à delegato principis: per datum ab adminiſtratore, intelligi datum à magiſtratu; ita vt ſicut iudex à magiſtratu datus, non poteſt exequi ſententiam, quia non habet iuriſdictionem; ita quoque nec datus à principis delegato, ſed vt ille ad magiſtratum recurrit, ab eoque ſententiæ executionem petit, ita quoque & datus à principis delegato, recurrat ad delegatum principis.

Non obſtat *l. vltim. in verb. Executore negotij, cui mandata eſt huiuſmodi cauſa examinatio, imminente & ſtatuta ab arbitris, effectui mancipante C. de iudic.* nam ſi recte conſideretur iſte textus, loquitur de executore, qui ab initio datus eſt vna cum iudice, qui iudex de cauſa cognoſcere deberet, dummodo pro *examinato* legatur *exactio* ſiue actio vt eſt in editione Haloandri: atque hanc interpretationem illud confirmat, quod ea lex loquatur, tam de delegato magiſtratus, quam de delegato principis: atqui iudicem à magiſtratu datum non poſſe exequi ſententiam ſuam certum & expeditum eſt *l. 15. princip. ff. de re iudicata.*

Vtrum porro delegatus principis poſſit cauſas meri Imperij ſubdelegare, valde controuerſum eſt. *Quæſ. 9 An delegatus principis poſſit cauſas meri Imperij ſubdelegare?*

Nam quibuſdam placet Affirmatiua ſententia, qui exiſtimant, ſpeciale hoc eſſe in delegato principis quod cum alij magiſtratus, quibus imperium merum competit illud delegare & demandare alij nequeant: delegato tamen principis hoc concedatur: mouentur autem *l.vnic.C.qui pro ſua Iuriſdict. l.5. C. de iudic.* & alijs quibuſdam rationibus, quibus plene probari exiſtimant quod, delegatus Principis merum quoque imperium poſſit delegare.

Sed refellitur hæc ſententia & funditus euertitur per *l. 1. ff. de offic. eius l.70. de reg. Iur. & l. 6. ff. de offic. proconſul.* quibus in legibus dicitur, quod *Nemo* poſſit gladij poteſtatem, vel aliam aliquam coercitionem ſibi datam, alij delegare: atque hæc quoque ſententia communiori Dd. calculo approbata eſt, de qua vide quæ ſcripſi in *dict. tractatu de Iuriſdictione polit. part. 1. capit. 2. quæſt.9.*

Illud notandum, quod etſi iure Canonico merum Imperium delegari poſſit, non tamen valeat ſubdelegari. Hodierna ſane conſuetudine, qua merum Imperium iure magiſtratus competit, dubitandum non videtur, quin delegatus principis cauſas meri Imperij & criminalis iuriſdictionis æque atq; cauſas ciuiles ſubdelegare queat.

De delegato ſiue CommiſſarioCameræ Imperialis, ecquid dicendum? Nam his quoq; ſubdelegandi poteſtatem competere, quidam ſtatuunt: alij vero negant: pro affirmatiua pugnat Gailius, qui iſta ratione mouetur, quod Camera æqualem & concurrentem Iuriſdictionem habeat cum Principe, & ſit ipſius Principis iudi- *Quæ. 10 An Commiſſarius Cameræ imperialis poſſit ſubdelegare?*

iudicium, delegatus autem principis habeat ſubdelegandi poteſtatem: igitur etiam delegatus ſeu commiſſarius Cameræ, quæ ſententia mihi videtur eſſe veriſſima: nec mouet quicquam in contrarium *cap. fin. §. 1. de offic. delegati.* Ex quo infertur quod cum induſtria delegati à Camera ſit electa, non poſſit vices ſuas alij mandare: nam ſi hoc alicuius foret momenti, ſequeretur nec Cameram habere poteſtatem ſubdelegandi, nec principis delegatum ſiue commiſſarium vices ſuas ſubdelegare poſſe, quo circa cum huic non obſtante modo allegata ratione, concedatur poteſtas ſubdelegandi, ſequitur eandem poteſtatem ſubdelegato quoque Cameræ, quæ principis vices ſuſtinet, ex prædicta ratione non eſſe denegandam.

Lit. D.

Cæterum Notionem non-nudam, ſiue legitimam Autor noſter rurſus facit duplicem, vnam quæ à lege deſcendat: alteram vero quæ iure magiſtratus competat, atque in ſpecie Iuriſdictio appelletur. Ad priorem refert ius dandi tutores: Nam hanc neque Imperij eſſe, neq, Iuriſdictionis, ſed ex ſpeciali legis delegatione deſcendere autor eſt ICtus Vlpianus in *l. 6. §. 2. ff. de tutelis.* Quanquam negari non poſſit, quin Iuriſdictione plene & generaliter accepta, contineatur tutoris datio, quomodo etiam textus illi, in quibus ad Iuriſdictionem refertur tutoris datio, intelligendi ſunt, vt demonſtraui in *d. tractat. de Iuriſdictione. part. 2. quæſt. 2.* vbi prolixe hanc quæſtionem tractaui.

Quæſ. 11 *An tutoris datio ſit Iuriſdictionis?*

Lit. E.

Quæſ. 12 *An ſit aliqua Iuriſdictio ſimplex, à mero & mixto imperio diſtincta?*

Iuriſdictio, in ſpecie ſic dicta, diſtinguitur ab Imperio mero & mixto *l. 3. ff. de Iuriſdict. l. 4. de Iuriſdict. l. 6. §. 2. ff. de tutelis l. fin. ff. de offic. eius cui mand.* Etſi enim Iuriſdictio in ſubiecto, ſeu materia, circa quam, conueniant, ſic vt quod eſt Iuriſdictionis, idem quoque ſit Imperij & viceuerſa, effectu tamen differunt & ſunt diſtincta, quia Iuriſdictio eſt ius cognoſcendi & ſtatuendi de cauſis ciuilibus: mixtum vero Imperium eſt poteſtas, quæ Iuriſdictioni cohæret, atque eius tuendæ & exequendæ cauſa comparata eſt. Quin imo nec ſemper in ſubiecto eſſe coniuncta Iuriſdictionem & Imperium, teſtantur ea, quæ iuriſdictionis voluntariæ dicuntur, quæ ſimplicis eſſe Iuriſdictionis, non etiam Imperij, palam eſt. Et quod in obiecto quoque diſtinguantur Iuriſdictio & Imperium, ſatis arguunt ea, quæ in *l. 4. ff. de Iuriſdict.* dicuntur magis eſſe Imperij quam Iuriſdictionis. Inſuper licet Iuriſdictio & Imperium ſint coniuncta, vt arguit *l. fin. ff. de offic. eius.* Sunt tamen nihilominus diſtincta, vt ex prædictis relucet vide in *d. tractat. de Iuriſdictione par. 2. q. 1.*

RESOLVTIO THESIS tertia.

Lit. A.

Quæſ. 13 *An iudicati exequendi poteſtas ſit iuriſdictio?*

CONſtituti ſiue iudicati exequendi poteſtas, nihil aliud eſt, quam Imperium, quoniam Imperium in executione & coercitione conſiſtit *l. fin. ff. de offic. eius cui mandat.* quod, etſi à quibuſdam definiatur per Iuriſdictionem in coercendo poſitam, minus tamen conueniens eſſe hoc genus Imperij ex prædictis patet; neque vllus eſt textus iuris, in quo Imperium Iuriſdictio dicatur.

Quæſ. 14 *Imperium mixtum vnde dicatur?*

Eſt porro Imperium hoc duplex, mixtum & merum, quorum illud quidem in Ciuilibus; hoc vero in criminalibus cauſis dominatur. Mixtum Imperium dicitur, quia Iuriſdictioni cohæreat *l. 1. §. fin. ff. de offic. eius.* Ipſumque Iuriſdictioni ineſt *l. 2. ff. de Iuriſdict.* adeoque cum Iuriſdictione permixtum eſt; vnde etiam non-merum appellatur in *l. fin. ff. de offic. eius cui mand.* Donell. l. 17. *commen. 6.*

 Ob-

Obrecht. *de Iuriſdict. capit. 3. numero 21.*

Equidem Accurſius mixtum Imperium inde ſic appellari exiſtimat, quod ad eius conſtitutionem concurrunt Iuriſdictio & Imperum merum, cum hoc mixtum Imperium à mero hoc accipiat, vt non poſſit demandari, & à iuriſdictione ne hoc mutuetur vt in commodo pecuniario conſiſtat.

Veruntamen hæc ſententia ab alijs merito reijcitur, non enim concurrit merum Imperium ad conſtitutionem mixti Imperij, quia merum Imperium ad cauſas tantum criminales, Imperium vero mixtum ad cauſas duntaxat ciuiles pertinet, & quanquam hoc commune haberet mixtum Imperium cum mero, quod demandari non poſſit, inde tamen non protenus dicendum eſſet, mixtum Imperium conſtare partim mero Imperio, partim Iuriſdictione, quia ad hoc, vt quid dicatur ex quibuſdam mixtum requiratur, vt partibus eius ſubſtantialibus conſtet: atqui adiunctum ſolum Imperij meri eſt, vt non poſſit mandari. Quin etiam Imperium mixtum poſſe mandari verius eſt *l. 1. & l. fin. de offic. eius.*

Quæ. 15. An in l. 3. ff. de Iuriſdictione recte legatur cui eſt Iuriſdictio ineſt?

Hinc puto in *l. 3. de Iuriſd.* recte legi. *Cui etiam Iuriſdictio ineſt*, quoniam Imperio vtique ineſt iuriſdictio. ſic enim dicitur adminiſtrationi magiſtratuum cohærere iuriſdictionem. *l. fin. verſ. penult. C. vbi & apud quem.* Sicut igitur Imperium ineſt Iuriſdictioni, eidemque cohæret *l. 1. in fin. & l. fin. ff. de offic. eius.* Ita viciſſim Iuriſdictio cohæret Imperio. Quanquam in eo videatur quædam eſſe diuerſitas, quod omne Imperium Iuriſdictionem præſupponat: at non omnis Iuriſdictio imperium: ſimplex enim Iuriſdictio, ad quam voluntaria Iuriſdictio referenda, ſeparata eſt ab imperio.

Obſeruandum præterea eſt, Imperium mixtum eſſe duplex, vnum quod Iuriſdictioni, tanquam principali accedit *l. fin. ff. de offic. eius l. 2. ff. de Iuriſdict.* alterum cui, vt principali accedit Iuriſdictio, cuiuſmodi eſt illud, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit; item in iubendo caueri prætoria ſtipulatione.

Cæterum vtrumque mixtum Imperium iure magiſtratus competit, per textum in *l. 1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* In cuius legis principio cum Papinianus regulam propoſuiſſet, quod ea, quæ iure magiſtratus competunt, mandari poſſint, ſubijcit Imperium mixtum poſſe mandari. Ex quo neceſſario concludendum quod mixtum Imperium iure magiſtratus competat.

Quæ. 16. An municipalium magiſtratus habeat mixtum imperiū?

Sed anne magiſtratui municipali quoque mixtum hoc Imperium competat, expeditum non eſt? Pro negantium ſententia facit *l. 2. ff. de in ius voc.* vbi dicitur, *eos duntaxat magiſtratus vocari non poſſe in ius, qui Imperium habent & coercere poſſunt*, vnde liquet quod ſint quidam magiſtratus, qui non habent Imperium; at tales non poſſunt eſſe alij, quam municipales, quin etiam textus eſt apertiſſimus in *l. 32. ff. de iniur.* in quo aſſeritur, minores magiſtratus in ius vocari poſſe: at magiſtratus minores ſunt municipales: quocirca hi imperio deſtituuntur.

Accedit quod in iſta *l. 32. ff. de iniur.* dicitur, magiſtratus minores eſſe ſine imperio.

Et in *l. 26. ff. ad municipal.* negatur ea facere poſſe, quæ magis ſunt Imperij, quam Iuriſdictionis. Denique in *l. 2. ff. ſi quis ius dicenti*, negatur quod magiſtratus ſuam iuriſdictionem poſſit tueri pœnali iudicio, quod tamen Imperij mixti eſt *l. fi. §. 1. ff. de offic. eius.*

Veruntamen magiſtratum etiam municipalem habere imperium mixtum, colligitur exinde, quod cum ipſi, ex omnium cōfeſſione, tribuatur Iuriſdictio, ſequitur neceſſario, quod eidem & mixtū imperiū com-

Digitized by Google

competat, tum quia hoc imperium cohæret iuriſdictioni *d. l. 1. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* ipſique iuriſdictio ineſt *lege 3. ff. de iuriſdict.* tum quia hæc iuriſdictio municipalis magiſtratus nulla eſſet ac eluſoria redderetur, deſtituta coercitione modica *d.l. fin. ff. de offic eius.*

Eandem ſententiam confirmat quod magiſtratus municipalis exequi poteſt ſuam ſententiam *l. 4. §. 1. ff de damno infect.* atqui hoc mixti eſt imperij. Quocirca indubitanter habet imperium mixtum magiſtratus municipalis. Vide quæ prolixe ſcripſi de hac cõtrouerſia in *tractatu de iuriſdict. p. 3. q. 2.*

Qu. 17. *An magiſtratus municipalis habeat mulctæ dictionẽ?*

Quod ſi itaque magiſtratus municipalis mixtum habet imperium, quæritur porro, an etiam mulctæ dictionem habeat? Affirmat Autor noſter, cuius ſentẽtia veriſſima eſt: tum quia magiſtratus municipalis habet imperium mixtum, vt ex prædictis relucet, atqui ius dicendi multam eſt mixti imperij *arg. leg. fin. ff. de offic. eius cui mandat.* tum etiam quia his datur mulctæ dicendi ius, quibus publice iudicium eſt *lege 2. ff. de iudic.* Atqui nemo dubitat, quin magiſtratus municipalis publice exerceat iudicium. tum quia in *l. 151. § 1.* dicitur, magiſtratus poſſe mulctam dicere. Igitur & municipalis magiſtratus, quia & ipſe magiſtratus eſt.

At qui diſſentiunt, nituntur *l. vnic. ff. ſi quis ius dicẽti*, vbi negatur, quod magiſtratui municipali permiſſum ſit, iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio defendere. Itẽ ſeſe fundant quoque in *l. Aliud eſt fraus, 131. de verb. ſignific.* vbi dicitur, magiſtratus ſolos & præſides prouinciarum mulctã dicere poſſe.

Sed quomodo his & eius farinæ aliis argumentis occurrẽdum ſit, oſtendi in *d. tractatu de iuriſdict. p. 3. q. 3.*

Hæc itaque cum ita ſeſe habeãt, & magiſtratus etiam municipalis mixtum habeat imperium, rurſus patet, quod iuriſdictio & imperium, etſi diſtinguantur ab inuicem ratione actuum diuerſorum, nõ tamen ratione perſonæ exercentis, in qua ſemper hæc duo coniuncta reperiuntur, imperium, inquam & iuriſdictio.

Qu. 18. *Vnde imperiũ merum dicatur?*

Merum imperium, quod diximus ad cauſas criminales pertinere, vndenam ſic nominatum ſit, non vna eſt Dd. noſtrorum ſententia: ſunt enim, qui exiſtiment, merum imperium exinde ſic dictum eſſe quod ſit ſummum & excellens: quoniam & alias merum pro ſummo vſurpatur vt apud Plautum, *meri bellatores* pro *ſummis & excellentiſsimis bellatoribus*, & apud Ciceronem *ſummi principes meri principes* dicuntur, & Pomponius quoque in *l. 2. §. populo deinde aucto. de orig. iur.* merum imperium ſupremam poteſtatem appellat.

Alij vero merum imperium ſic dictum aiunt, quod ſit purum a iuriſdictione criminali, nec ei admixtum, vt de mixto imperio ſupra dictum fuit: tum quia merum imperium mixto opponitur in *lege 3. ff. de iuriſdict.* mixtum vero illud dicitur, cui iuriſdictio ineſt *d. l. 3.* quodque iuriſdictioni cohæret *lege 1. in fin. ff. de offic. eius.* tum quia mixtum imperium vocatur non mixtum *l. fin. ff. eod. tit.* tum denique quia vſitate, non ſolum apud bonos latinos ſcriptores, ſed in vſu quoque iuris MERVM idem ſignificat, quod purum vt in *lege 82. verſic. ff de condit. & dem. l. 31. ff. depoſiti*, *lege 98. §. Mihi Romæ. ff. de ſolut.*

Mihi placet ſententia Donelli, ſtatuẽtis merum imperium non exinde ſic dici, quod nulli penitus rei cohæreat: cum cõiunctum ſit iurisdictioni criminali, quãdoquidem nemo indicta cauſa, condemnandus eſt *l. 5. de pœn.* ſed ideo merum ac purum appellari, quia non ita cum iuriſdictione ciuili, vt mixtum imperium, cõiunctum eſt, nec iure magiſtratus, omnique competit, qui ciuilem iuriſdictionem habet, ſed ei ſoli, cui fuerit ſpecia-

cialiter ac lege delegatũ, ſed vide *q 4. part. 1. c. 1 tract. de iuriſdictione politica.*

Definitur merum imperium in *d. l. 3. ff. de iuriſdict.* per *gladium*, quod ſit *ius gladij ad animaduertendum in facineroſos*, vbi, quidnã per gladium intelligatur, & an recte per gladium definiatur merum imperiũ, tractaui in *d. c. 1. q 5. & 6.*

RESOLVTIO THESIS Quartæ.

Lit. A.
Qu. 19.
An Iudicis dandi licentia ſit iuriſdictionis?

IVriſdictionem porro, & mixtum imperium Ictus exemplis demonſtrat in *l. 3. ff. de iuriſdict.* quando iuriſdictioné eſſe iudicis dandi licentiam ſcribit.

Quod tamen à nonnullis in dubiũ reuocatur, quoniam in *l. 12. ff. de iudic.* dicitur competere propter vim imperij, & quia iudicem dare ſit iubere iudicare *l. 13. de iuriſdict.* quod imperij mixti eſt. Item quia in *d. l. 3. de iuriſdict.* dicitur iuriſdictionem eſſe ETIAM iuriſdictionis, vnde colligitur quod non ſit ſolius iuriſdictionis, ſed imperij quoque.

Sed quod iudicis dãdi licentia ſit iuriſdictionis, verius eſt. Primo, quia ei aperte attribuitur in *d. l. 3. de iuriſdict.* Secũdo, quia propoſitum fuit Icto in *d. l. 3.* imperiũ merum, mixtum & iuriſdictionem qualiter qualiter, exemplis deſcribere: at hoc non preſtitiſſet nec ſuo propoſito ſatisfeciſſet, ſi iſto exemplo, iudicis inquã, dandi licẽtia iuriſdictioné non demõſtraſſet. Tertio denique magiſtratus, iudicem dando, ius dicit: at non coercet, cum volentibus & vltro inquirentibus iudicem conſtituit.

Quænam vera ſit *d. l. 12.* ſentẽtia, & quid ad reliqua diſſentientiũ fundamẽta reſpõdendum ſit, oſtendi in *d. tractat. part. 2. quaſt. 5.*

Lit. B.
Qu. 20.
An ratio bonorum poſſeſsiõis ſit mixti imperij?

Mixtum imperium ait Ictus verſari in dãda bonorum poſſeſſione *d. l. 3.* Hinc firmiſſime infertur ac concluditur quod datio bonorum poſſeſſionis non ſit ſimplicis iuriſdictionis, ſed mixti imperij.

Et quanquam Antonius Faber *d. l. 3.* emendet, ac pro QVOD ſubſtituat QVÆ, ita vt datio bonorum poſſeſſionis ſit exẽplum iuriſdictionis, non mixti imperij, quia tamen hæc interpretatio eſt diuinatoria & violenta atque lectioni receptiſſimæ contraria, idcirco qua facilitate adſtruitur, eadem etiam rurſus deſtruitur.

Maxime cum hanc etiam ſententiam noſtram probet *l. 4. §. 1. ff. de offic. eius.* vbi aſſeritur, quod datio bonorum poſſeſſionis poſſit mandari: at ſi datio bonorum poſſeſſionis eſſet iuriſdictionis ſimplicis, ineptiſſime dubitatum fuiſſet, an poſſet mãdari, cum iuris ſit certiſſimi, quæ iuriſdictionis ſunt poſſe mandari.

Et quanquam non deſint A. Fabro cæteriſque diſſentientibus argumenta, admodum ſpecioſa, quibus ſuum tueantur errorem, ea tamen à me diſſoluta ſunt in *d. tract. de iuriſd part. 2. q. 4.*

Qu. 21.
An agnitione bonorũ poſſeſſionis ſit imperij mixti?

Cum bonorũ poſſeſſio alicui olim delata eſſet, loquebatur eam bonorum poſſeſſionem intra tempora præfinita ſolenniter petere; adeoq; neceſſaria erat ſolennis petitio & datio bonorum poſſeſſionis apud prætorem facta: Cæterum Conſtãtinus Imperator in *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* conſtituit, vt ad acquirendam bonorum poſſeſſioné qualiſcunque teſtatio amplectendæ hereditatis, facta apud præſidem vel magiſtratum intra conſtituta tempora ſufficiat & pro ſolenni petitione cedat. Hæc igitur agnitio bonorum poſſeſſionis, ſurrogata in locum ſolennis iſtius petitionis & dationis bonorum poſſeſſionis, anne ſit imperij mixti quæritur?

Affirmatiua amplectẽda videtur, propterea quod ſurrogatum ſapiat naturam eius, in cuius locũ eſt ſurrogatũ: atqui agnitio iſta bonorũ poſſeſſionis ſurrogata eſt in locum ſolẽnis petitionis & dationis bonorũ poſſeſſionis, ideo ſicut hæc mixti imperij fuit, ita quoque hæc bonorum poſſeſ-

poſſeſſionis agnitio mixti erit imperij.

Contra Cuiacius ſtatuit eam eſſe ſimplicis iuriſdictionis, propterea quod hodie ex Conſtantini Imperatoris conſtitutione in *d.l. vlt.* prædicta agnitio corã municipali etiam magiſtratu fieri poſſit: hic vero ſimplicem duntaxat iuriſdictionem, & non mixtum imperium habeat. veruntamen hæc ſententia Cuiacij falſo nititur præſuppoſito: quod enim magiſtratus etiam municipalis, habeat imperium mixtum, ſupra fuit demonſtratum ſub *theſi præced.3.lit.B.*

Lit. C. Qu. 22. An in integrũ reſtitutio ſit mixti imperij?

Ad mixtum quoque imperiũ refertur in integrum reſtitutio per textum expreſſum in *l.24.ff ad municip.* vbi ad ea expreſſe refertur, quę imperij magis, quam iuriſdictionis ſunt, ſeu in quibus imperium eminet, & maxime ſeſe oſtendit.

Et quanquam ſint qui contrarium defendere nitantur ex *l.fin.C. vbi & apud quē.* tamen quænam ſit illius legis ſentẽtia dicam infra in *diſp.11.theſ 3.lit.C.* vbi hãc quęſtionem tractabo.

Lit. D. Qu. 23. An incarceratio ſit mixti imperij?

De incarceratione vtrumne ſit mixti, an vero meri imperij controuerſia eſt haud leuis, ſed ſatis intricata: quod enim ſit meri imperij & animaduerſionem in facinoroſos homines ſpectet, euincit *lege 2.C.de exactor.tribut. Nemo carcerem plumbat.arumque verbera aut pondera, aliaque ab inſolentia iudicum reperta ſupplicia in debitorum ſolutionibus, vel à peruerſis vel ab iratis iudicibus, expaueſcat Carcer pœnalium, carcer hominum noxium eſt.* Et in *l.3. ff. de cuſtodia & exhibit. reorum,* expreſſe dicitur, ob graue delictum, etiam carceris pœnam, ante ſupplicium, ſuſtineri.

Cæterum quod non ſit imperij meri, nec ad coercendos ac puniendos facinoroſos carcer pertineat, probat *l.8.§.ſolent. ff. de pœnis,* vbi ita Vlpianus ſcribit: *Solent præſides in carcere continendos damnare, vt in vinculis contineantur, ſed id eos facere non oportet: nam huiuſmodi pœna interdictæ ſunt. Carcer enim ad cõtinendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

2. Accedit quod in *l.2.ff. de in ius vocando.* illis magiſtratibus tribuitur incarceratio, qui cum imperio ſunt, & in *l.9.§.fin.ff. ad l. Iul. peculat.* aſſeritur eos corpus retinere, qui imperio vtantur: vnde Autor noſter cõcludit ius incarcerandi eſſe mixti imperij.

3. Inſuper modica coercitio eſt imperij mixti *l.fin.ff.de offic.eius cui mandat.* Atqui incarceratio eſt modica coercitio. Igitur incarceratio eſt mixti imperij.

Muſcornius in ea eſt hæreſi, quod carcer ſimplicis ſit iuriſdictionis, quando ad eum finem incarceratio fit, vt incarceratus à minore magiſtratu tandiu cuſtodiatur, donec ad ſuperiorem mittatur iudicem, quoniã hic inferior, ſeu minor magiſtratus, nullũ habet imperium, nec mixtum, nec merum, ſed ſimplicem duntaxat iuriſdictioné. Sin vero procedat incarceratio à maiore magiſtratu, donec cognoſcatur de crimine capitali, meri eſſe imperij.

Mihi placet diſtinctio Obrechti & aliorum, vt ſi quis in cauſa ciuili incarceretur, explicandæ & exequendæ iuriſdictionis ciuilis gratia, eo quod contumax extitiſſet, nec ſententiæ iudicis obtemperare voluiſſet, aut quod de fuga eſſet ſuſpectus, tum incarceratio ad modicam iſtam coercitionem, ſine qua iuriſdictio foret nulla. *d.l.fin.ff de offic. eius.* quæq; mixti eſt imperij, referri debeat. Sin vero in cauſa criminali, pœnę loco, carcer decernatur, vt aliquando fieri ſolet, *d.l 3. de cuſtod. & exhib. reor.* & iure Canonico permittitur, vel ſi decernatur ad cuſtodiam facineroſorum, vſque dum de illis ſupplicium ſumatur; ad merum referri debet imperium.

Neque priori huius diſtinctionis mẽbro quicquam refragatur *l. 2. de exactor.* vbi negatur, debitores propter debitum incarcerari poſſe: nam reſpondeo, illam legem de publicis, ſiue fiſci debitis intelligendam, in quibus Imperator carcerem & verbera remouet: in priuatis autem debitis dubitandũ non eſſe, quin car-

cer

Digitized by Google

cer ſit vſitatus & permiſſus ad explicandã iuriſdictionem, non modo vbi contẽptus & contumacia aduerſus præceptum ius dicentis vindicanda eſt, ſed etiam quando ſatisfaciendum & conſulendum creditori, vt ſi fugam paret debitor.

Equidem inepta Muſcornij opinio, quod carcer ſit ſimplicis iuriſdictionis, tollerari nullo modo poteſt, quia ſimplex iuriſdictio cõſiſtit non in exequendo, nec coercendo, ſed in cognoſcendo. Carcer vero ad executionem & coercitionem, adeoque ad imperium pertinet.

Nec mouet quicquam fundamentum Muſcornij: nam quod dicit, magiſtratum municipalem, ſeu minorem habere duntaxat ſimplicem iuriſdictionem, non etiam merum imperium, id concedendum minime eſt & eius contrarium ſupra demonſtrauimus, dum oſtendimus, omnẽ magiſtratum habere mixtum imperium, quia alias eius iuriſdictio nulla & eluſoria foret.

Lit. F. *Qu. 24.* *Mulctæ dictio an ſit imperij mixti?*

De mulctę irrogatione cõſimiliter dubitatur, ſitne iuriſdictionis, an imperij meri, an vero imperij mixti?

Simplicis eſſe iuriſdictionis ſtatuere videtur Goedd. ſed ratione hæc ſententia deſtituitur, imo rationi expreſſe aduerſatur: nam mulcta ad coercitionem & executionem pertinet, iuriſdictio vero in cognoſcendo, & non in coercendo cõſiſtit. Et quamuis in *l. fin. ff. de offic. eius.* dicatur: iuriſdictionem ſine modica coercitione eſſe nullam, ex eo tamen colligi & concludi non poteſt, quod modica coercitio ſit iuriſdictio, ſed quod annexa ſit modica coercitio iuriſdictioni.

Ego in ea ſum opinione, ꝙ circa propoſitam quæſtionem diſtinguendum ſit, vtrum mulcta irrogetur alicui propter facinus & delictum perpetratum, an vero exequendæ iuriſdictionis, & coercendorum contumacium gratia: vt priori caſu ſit meri imperij, vt quæ ad animaduerſionem in facinoroſos homines ſpectet, quę animaduerſio meri eſt imperij *l. 3. ff. de iuriſd.* poſteriori vero caſu ſit imperij mixti, & ad modicã coercitionẽ illã, quæ iuriſdictioni ciuili annexa eſt *d. l. fin.* ſpectet.

Addit Autor noſter hodie etiam mulctam eſſe meri imperij, cum pœna corporalis ex cauſa mutatur in pecuniariam. Hoc vero vtrum liceat, & quando docet Farin. *part. 3. tit. de delictis q. 17.* vide quæ dicta ſunt *d. tract. de iuriſdict. p. 1. cap. 3. q. 5.*

Atque hoc imperium mixtum habuiſſe prætorem, nemo ſanus dubitabit: tum quia habuit iuriſdictionem, cui annexum eſt imperium mixtum *l. 3. ff. de iuriſdict. & l. 1. in fin. ff. de offic. eius cui mandata eſt iuriſdict.* tum quia eluſoria fuiſſet & nulla iuriſdictio prætoris *l. fin. d. tit.* tum quia & municipales, & infimi gradus magiſtratus habuerunt imperium mixtum, vt verior habet opinio. tum etiã quia ea prætori tribuuntur, quæ hactenus mixti imperij eſſe dictum eſt, veluti in integrum reſtitutio *l. 1. ff. de in integrum reſtit.* Bonorum poſſeſſionis datio *tot. tit. ff. de bonor. poſſeſſ.* Miſſio in bonorum poſſeſſionem, & quæ eius ſunt alia. *Lit. F.*

Quin etiam primoribus collegiorum mixtum imperium tribuitur, dummodo iuriſdictionem aliquam habuerint *arg. d. l. fin. de offic. eius, cui mandat. l. 1. in fine eod. l. 3. ff. de iuriſdict.*

Hinc de Rectoribus priuilegiatarum Academiarum, quibus iuriſdictionem Fridericus conceſſit, anne in ſubditos & ciues ſuos habeant mixtum imperiũ, ineptiſſime dubitatur ꝓpter rationes ſupra allatas quibus prætorem hoc imperiũ habere euicimus, quanquam id non poſſit ex verbis iſtis Authenticæ, *delictum ſiue debitum* extorqueri, vt oſtendi in *d. tract. de iuriſdict. p. 1. c. 4. q. 3.* vbi & iſtã quęſtionem tractaui, anne Rectoribus merum imperium & criminalis iuriſdictio ex prædicta Friderici Authentica competat.

RE-

RESOLVTIO THESIS Quintæ.

Lit. A. Qu. 25. An merũ imperiũ recte definiatur per gladium?

INdicati exequendi poteſtas in cauſa criminali imperium dici merum, ſupra dictum fuit: hoc autem definitur in *lege 3. ff. de iuriſdictione*, poteſtas gladij ad animaduertendum in facinoroſos. De qua definitione vtrumne bona & perfecta ſit, valde diſceptatur: & plerique Neotericorum præſertim definitionem iſtam Vlpiani aiunt imperfectam & à maiore duntaxat meri imperij parte confectam. Atque ita Henricus Bocerus *de iuriſdictione, cap. 5. numer. 1.* Muſcorn. *de iuriſdict. num. 42. & ſeq.* Obrecht. *de iuriſdict. cap. 2. numer. 20.* Pautmeiſter *libr. 1. cap. 11. numer. 17.* ſtatuunt; idque ſequentibus rationibus ſtabilire conantur.

1. Quia merum imperium cõtinetur non tantum gladij poteſtate, ſed etiam alia coercitione facineroſorum *l. ſolent 6. pr. & l. 11. ff. de offic. Proconſ. l. illicitas 6. § qui vniuerſas. ff. de offic. Præſid. l. 8. §. 1. & l. capitaliũ. ff. de pœn. l. Nemo poteſt 7. de R. iur.* vnde ſequitur, quod hæc definitio perfecta dici nequeat.

2. Deinde cum nec mixti imperij nec iuriſdictionis definitiones in *l. 3. ff. de iuriſdict* proponantur, credibile non eſt, Ictũ Vlpianum meri imperij definitionẽ eſſẽtialem atq; perfectã proponere voluiſſe.

3. Quin & ꝓpterea imperfecta videtur ꝓpoſita definitio, quius reos abſoluẽdi, nõ complectatur: at hoc eſſe meri imperij, expeditum videtur, idque probat luculẽter *l. ſolent. 6. ff. de offic. Proconſ.* in qua Vlpianus ſcribit: *Sed hoc genus mandati extraordinarium eſt: nec enim poteſt quis gladij poteſtatem ſibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre: nec liberandi igitur reos ius, cum accuſari apud eum non poſſint.*

Verum, quominus à priori opinione recedam, faciunt ſequentia hæc iuris fundamenta. Primo enim quod Vlpianus voluerit in *d l. 3.* definire imperium merum, ex eo liquet, quod vſus fuerit verbis, definitionem meri imperij denotantibus: ſic enim ait: *Merum imperium eſt:* particula *Eſt*, vtiq, pro nota habetur definitionis, ſi nõ cõtrariũ ex circũſtãtiis manifeſte liqueat.

2. Deinde cum merum imperium in criminibus coercendis omne verſetur, in eoque ſolum occupetur, vt in facineroſos animaduertentur, nihil ſane imperij meri eſt, quod præfata definitio non exprimat: niſi fortaſſis vocula *gladij* ad maiorem animaduerſionem definitionem reſtringit: at ſecus ſeſe rem habere, patet ex eo, quod nõ raro nomẽ *gladij* generaliter, pro quauis poteſtate ad facineroſos coercendos, magiſtratui conceſſa, accipiatur: ſic accipitur in *cap. 13. ad Romanos.* quãdo Apoſtolus ſcribit, *magiſtratum non ſine cauſa gladiũ portare, cum ſit Dei miniſter vindex in iram ei, qui malum agit*: vbi *gladius* pro quauis poteſtate facineroſos coercendi & puniendi accipitur.

His non aduerſantur quæ in contrariũ ſunt allata: nõ primum, quia gladij appellatio in iure capitur tripliciter, vt in ſequẽti quæſtione dicetur: Primo in genere pro quauis in facineroſos animaduerſione: deinde pro animaduerſione grauiori ſeu vltimo ſupplicio: deniq; materialiter pro enſe, quo caput alicui abſcinditur, ſeu amputatur: Vt igitur in locis adductis accipiatur ſtricte pro grauiori animaduerſione; hoc tamẽ in loco nõ ſtatim propterea eodem modo capitur, maxime cum liqueat, ex prædictis, Vlpianũ in *d. l. 3.* imperij meri definitionẽ ꝓponere voluiſſe.

Ad ſecundum reſpondetur in *d. l. 3.* nõ ſolum meri, ſed & mixti imperij definitionem propoſitam fuiſſe: mixtum enim imperium eſt illud, cui iuriſdictio ineſt, vnde & mixtum appellatur; nec vllam rationem video, quæ impediat, quominus hæc, ab Vlpiano propoſita, vera ſit mixti imperij definitio: Iuriſdictionem vero ſimplicem, etſi exemplo duntaxat declararit, inde tamen minime ſequitur, quod

[illegible] & [illegible] imperiũ [illegible] & non definire [illegible].

[illegible] ius reos ab[illegible] explicite & expreſ[illegible] & tacite definitione [illegible] eſt abſoluere, [illegible] *ſolent*. Ex quo luce [illegible], quod cui non [illegible] condemnandi reos in[illegible], eidẽ quoq; de[illegible] reos abſoluendi. Deinde ſi propriè & [illegible] loquendũ, poteſtas abſoluendi reos nõ eſt imperij meri, vt qꝫ in ſola coercitione, animaduerſione & executione occupetur, ſed rectius abſoluendi poteſtas ad criminalem referetur iuriſdictionem.

Qu. 26. Quemodo vocis gladij in definitione meri imperij capiatur? — [illegible] de vocabulo gladij, quo in prædicta definitione vtitur, valde controuertitur. [illegible] enim Muſcornius, & plurimi ipsũ ſecuti, contendunt nomen GLADII illic materialiter accipi, pro qua opinione ſequentia hæc ſolent produci argumenta.

1. Quod paſſim, non ſolum apud probatos latinos ſcriptores; ſed in vſu quoq; iuris nomen gladij pro gladio materiali, ſiue pro enſe accipiatur.

Nam in *l. aut damnum §. 1. ff. de pœnis.* Ictus declarare volens, qui dicantur illi, quibus vita adimitur, in hæc verba ſcribit: *Vita adimitur, vt puta ſi damnatur aliquis vt gladio in eum animaduertatur: ſed animaduerti gladio oportet, non ſecuri, vel telo, vel fuſtibus, vel laqueo, vel alio aliquo modo.* Quibus è verbis, ait Muſcornius, perſpicuum eſſe, gladium non pro quacunq;, ſed pro naturali tantũ gladij pœna accipi, deinde idẽ quoq; cõprobari putat *l. illicitas §. qui vniuerſas. ff. de offic. præſidis.* vbi elegãter dicitur, ius gladij eos habere, qui vniuerſas regunt prouincias, atq; in metallum dandi eis permiſsá eſſe poteſtatem. Ex quibus conſequi videtur, gladio, ciuilem pœnam comprehendi poſſe nullam, ne ſuperfluꝰ videatur Ictus, cum velit prçter ius gladij etiam in metallum dãdi poteſtatẽ competere prouinciãregentibus. Idem quoq; relucere videtur ex *l. ſi quis filio exheredato §. irritũ. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam.* vbi dilucide oſtẽditur, ſub gladio nullam venire poſſe pœná, prçter eã, quæ naturaliter atq; proprie ſignificatur: idemq; Spartiani quoq; auctoritate confirmatur, qui in Caracalla, dum deſcribit Papiniani mortem, ſic ſcribit: *Caracalla iuſsit gladio Papinianũ ferire: deinde in cõſpectu eius ſecuri percuſſus eſt & à militibus occiſus: quo facto percuſſori dixit, gladio te exequi iuſsũ meũ oportuit.* E quibus dilucide patet, gladium olim materialiter pro enſe acceptum fuiſſe.

Quin etiã non parũ momẽti huic ſentẽtiæ adfert hæc ratio, quod veriſimile ſit, Vlpianum ad ſtatũ ſui temporis reſpexiſſe, quo reis plerunq; gladio vita adimebatur *l. aut damnum. ff. de pœn.*

Sic & Præſidibꝰ, ad prouincias regẽdas miſſis, dabatur ius dũtaxat gladij exercẽdi, idq; ante Diuos Fratres, Ælium & Verum Impp. receptũ fuiſſe, patet ex *d. l. aut damnum. §. 1.* ita vt vitã non telo aut laqueo, nec alio quouis armorum genere, ſed gladio dũtaxat, ſeu enſe adimere fuerit permiſsũ. Quod ſi contingeret, vt quis propter admiſſum flagitiũ ad ignẽ & concremationẽ condemnandus eſſet, tũc à præſidibꝰ prouinciarũ, ius gladij habentibus, ordinaria iſta pœna irrogari nõ poterat, cũ gladij dũtaxat ius nominatim illis demãdatũ ſit, nõ etiã concrematio, vel crucifixio; ſed opus fuit reſcripto principis, quo pœna irrogãda continebatur *l. inter pœnas 6. §. Præſides 2. ff. de relegat. & interdict.*

Et ſane quod gladius non generaliter, pro quauis graui in facinoroſos animaduerſione, ſed pro ea ſaltem pęna, qua quis gladio materiali, ſeu enſe vita priuetur, intelligi poſſit, ſatis comprobare videntur *l. ſolent. 6 ff. de offic. proconſul. l. Nemo 70. de Reg. Iur.* vbi poteſtas gladij ab alia quauis grauiori coercitione & animaduerſione diſcernitur, eidemq; opponitur: quod ſane

clare.

clare atque perſpicue ſignificat, gladij appellationē, in vſu iuris, nō pro qualibet facinerosorum hominū coercitione & animaduerſione, ſed materialiter ꝓ enſe capi. Quocirca cū hæc ſit vſitata & genuina gladij ſignificatio, ab ea in dubio recedi nō oportet; cum nō aliter à ꝓpria vocis ſignificatione recedēdū ſit, quā ſi cōſtet ab ea legumlatorē recedere voluiſſe *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* in propoſito proinde dicendū, etiam in *d. l. 3. ff. de iuriſd.* gladij nomen accipi ſtricte & materialiter.

Accedit quod cum in *d. l. 3.* Vlpianus etiam iuriſdictionē per exemplum deſcripſerit, cum quoq; imperium noluiſſe perfecte definire, ſed conſimiliter per exemplū declarare: alioquin certe inde ſequeretur, gladij appellatione quaſcunq; etiā ciuiles pœnas, vt mulctam pecuniariā, incarcerationem, &c. contineri. Hoc autē quam abſurdum ſit, nemo eſt ſenſus cōmunis compos, qui non intelligat.

Cęterum hiſce non tantum autoritatis tribuendum puto, vt ab illorum diſcedatur ſentētia, qui ſtatuunt, vocem gladij in *d. l. 3.* nō materialiter, pro telo ſeu enſe, ſed generaliter, pro coercitione & animaduerſione accipi.

Quod enim Vlpiano Icto in ea *l. 3.* propoſitum fuerit definire merum imperiū, ex præcedentis quæſtionis reſolutione ſatis abundeq; relucet. Quocirca cum quælibet definitio debeat cū ſuo definito eſſe conuertibilis, ſic, vt eo nec latior ſit, nec ſtrictior, ideo vocabulum gladij non ſtricte, ſed vt dixi, generaliter pro qualibet facineroſorū coercitione & in eos animaduerſione accipi debet.

2. Idem quoq; exinde pateſcit, quod cum Vlpianus definiuiſſet merum imperium gladij poteſtatem ad animaduertendum in facineroſos, ſubiiciat hæc verba, *quod etiam poteſtas vocatur*, è quibus intelligitur *gladium* Icto idem eſſe, ꝙ *poteſtas*: & ideo perinde eſſe, ac ſi Ictus imperiū merum definiuiſſet poteſtatem animaduertendi in facineroſos.

3. Adde quod & alias poteſtas, magiſtratui in facineroſos homines coercēdos competens, gladij appellatione deſignetur, vt in *Epiſt. ad Roman. cap. 13.* Apoſtolus Paulus de magiſtratus officio & poteſtate differens, ita ſcribit: *Vis autem non timere poteſtatem, bonum fac & habebis laudem ex illa. Dei enim miniſter eſt tibi in bonum. Si autem malum feceris, time: non enim ſine cauſa GLADIVM portat: Dei enim miniſter eſt, vindex in iram ei, qui male agit.*

His non obſtat quod in *lege Aut damnum 8. §. 1. ff. de pœnis l. illicitas § qui vniuerſas ff. de offic. præſid. l. ſi quis ex filio exheredato §. irritum ff. de iniuſt. rupt. & irrit fact. teſtament. in lege ſolent 6. ff. de offic. proconſ. & in lege 70. de R. iur. lege 30. in fine Cod. ad l. Iul. de adulter.* gladij nomen ſtricte, materialiter, pro telo & enſe capiatur: nam exinde non ſequitur, quod eodem modo eademq; in ſignificatione in *d. l. 3. ff. de iuriſdict.* ſumatur, cum, vt dictum eſt, in ea *l. 3.* Vlpiano fuerit propoſitū merum definire imperium, vnde perſpicuum eſt, ꝙ à propria verbi ſignificatiōe recedere voluerit. Deinde cur in *d. l. aut damnum 8. §. 1. ff. de pœnis.* gladij appellatio non cōplectatur ſecurim, vel telum, vel fuſtim, vel laqueum, vel aliud aliquod pœnæ & ſupplicij genus, ſed gladium duntaxat materialē denotet, ratio eius hæc eſt, quia proponitur ibi Iudex aliquē ad gladium damnaſſe: Cum itaque iudicem oporteat ſententiā, maxime in criminalib⁹, certam ferre, certa autem ea ſit ſententia, quæ verbis conſtat propriis, idcirco par erat, vt per gladium, de quo concepta erat ſententia, nō quæuis intelligeretur animaduerſio, ſed pœna gladij materialis.

Idem quoque reſpondendum puto ad exemplum Antonini Caracallæ: nam idcirco ipſe gladij appellatione materialem denotat gladium, quia eo nomine vſus erat in ſententia, cuius verba ſtricte ac proprie ſunt accipienda.

Nec obſtat quod abſurdum ſit gladium ciuiles quaſcũque pœnas ſignificare: hoc enim abſurdum eſſe non puto, cum gladius quamlibet facineroſorum pęnã contineat, quoties ad magiſtratus generaliter poteſtatem refertur *d.c.13.ad Roman.*

Lit. B. Qu. 27. *An merũ imperiũ in bruta animalia exerceatur?* Conſiſtit igitur merum imperium in ſola pœnarum irrogatione, quod vtrũ ad bruta quoque animalia extendi poſſit, nõ nullum eſt dubium.

Pro negatiua ſententia facit hoc argumentum, quod quæ ratio eſt furioſi, eadẽ quoq; quoad propoſitum, conditio & ratio eſt bruti. non enim magis ratione vtitur furioſus, quam brutũ: non magis iniuriã facit brutum, quã furioſus: nec deniq; magis dolus aut culpa in brutũ cadit atq; furioſum: atqui propter hanc rationem quod furioſus ratione non vtatur, non iniuriam faciat, nõ ſuæ ſit mẽtis, nec deniq; dolus aut culpa in eũ cadat furioſum delinquere, & conſequẽter puniri nõ poſſe, dictum eſt proxime: quapropter ob hanc eandem rationem nec brutum delinquere ac puniri poterit.

Verum animalia occidi propter admiſſum homicidium & ob Sodomiam cũ illis commiſſam, iniuſtũ non eſt: Lege ſiquidẽ Diuina olim cautũ erat, vt brutũ cum muliere coiens, occideretur *Leuit.c.20.* ac brutum hominẽ interficiens, interficiatur & ipſũ *Exod.21.* Huc pertinet conſtitutio criminalis Caroli V. in *art.116.* cuiꝰ verba hęc ſunt: ***So ein Menſch mit einem Viehe, Man mit Man, VVeib mit VVeib vnkeiſcheit treiben, die haben auch das leben vervvirckt, vnnd man ſoll ſie der gemeinen gevvonheit nach, mit dem fevvr vom leben zum todt richten.***

Nec obſtat quod bruta non poſſint delinquere, nec delicto ſe ad pœnam obligare: non enim illud ſancitum ac conſtitutum eſt in pœnam brutorũ, ſed potius ad tollendam tam horrendi facinoris memoriam: quam rationem reddidit D. Auguſtinus in *can mulier. 15. q. 1.* dum in hæc verba ſcribit: ***Mulier quæ acceſſerit ad omne pecus & vult aſcendi ab eo, interficietis mulierem & pecus, morte moriantur. Rei ſunt: Quæritur quomodo ſit reum pecus, cum ſit irrationabile, nec vllo modo legis capax: Pecora inde credendum eſt iuſſa interfici, quia tali flagitio contaminata, indignam refricant facti memoriam.***

Conſimiliter quæritur, vtrum in mortuorum cadauera, ſi atrox ſcelus commiſerint, merum imperium exerceri poſſit? Et prima fronte dicendũ videtur non poſſe in mortuos animaduerti. Qu. 28. *An in cadauera mortuorum poſſit imperium merum exerceri?*

Primo quia morte aboleri crimen, facinus tolli, ac conſequenter pœnam defũctis illorũq; cadaueribꝰ irrogari nõ poſſe, non vno in loco iuris noſtri ſcriptum eſt.

Sic enim Ictus Marcianus in *l.6.ff.de public iud Defuncto,* ait, *eo, qui reus fuit criminis, & pœna extincta, in quacũq; cauſa criminis extincti, debet is cognoſcere cuius de pecuniaria re cognitio eſt.* Ecce hic aperte Ictus teſtatur, pęnam morte facineroſi extingui, ac ꝓinde in quacunq; cauſa criminis, morte delinquentis extincti, nõ amplius ad pœnã, ſed pecuniariter ſolum agi poſſe, ad id ſcilicet, ꝙ ex dilecto ad defunctum peruenit.

2. Idem quoque in *l.2.C.ſi reus vel accuſator mortuus fuerit.* à Conſtantino Imperatore ſancitum legitur, his verbis: *Etſi Marcellus, qui crimine falſi poſtulabatur, vita functus eſt, ac per hoc crimen in perſona eius ſit extinctum, accuſatio tamen non eſt abolita: cum tam vxorem eius, quam de eodem crimine poſtulatos eſſe proponas.*

3. Et rationẽ huius admodũ elegantẽ Paulus expreſſit in *l.20. ff.de pœnis.* ꝙ nempe pęna conſtituatur in emendationẽ hominũ facineroſorũ, quę emẽdatio ceſſet, mortuo eo, in quẽ cõſtituitur. Sic ſcilicet colligere videtur Ictus, ceſſãte fine, ceſſat id etiã, cuiꝰ eſt finis: Atqui in mortuis ceſſat ac deficit finis pęnarum, qui in emẽdatione & correctione facineroſũ hominũ conſiſtit. Ergo in defunctis pœna deficit.

Verũ ꝙ pœna morte non extinguatur, ſed defunctis etiam irrogari queat, probare

Digitized by Google

bare videtur *l.final.ff de bonis eorum qui ante ſententiam*; vbi Marcianus ita ſcribit: *ſi quæratur, an is, qui ſibi manus intulerit, puniri debeat? & merito ſi ſine cauſa id fecerit, puniendus erit: qui enim ſibi non pepercit, multo minus alij parceret.*

2. Conſentit Marciano Marcellus in *l.2.ff.de Cadau.pun.* ſi quis, inquiens, in inſulã deportatus, vel relegatus fuerit, pœna, etiam poſt mortem manet, neq; licet eum inde transferre alicubi.

3. Hinc etiam conſtitutum, vt reus criminis lęſæ maieſtatis, etiam poſt mortem puniatur, atque memoria ipſius damnetur. Quæ ſingula clariſſime probare videntur, pœnam morte facineroſi non extingui, nec crimen aboleri, ſed defunctos etiam puniri poſſe. Ego hac in re ſic ſtatuendum iudico: regulariter pœnã morte extingui & delictum tolli; idq; velle leges pro priori opinione adductas; certis tamẽ caſibus pœnã defunctis irrogari poſſe; ad quos refero leges poſtremo loco relatas.

Excipitur primo caſus, quo quis ſibi ipſi mortem fraudulenter conſciuit, quo ſeſe pœnæ ſubduceret; hunc enim puniẽdum *l.2.ff.de bonis eorum qui ante ſent.* aſſerere videtur: & hoc duplici de cauſa, primo quia talis fraudem facit Reip. cuius intereſt delicta puniri *l.51.ff.ad L.Aquil.* quæ fraus ipſi facineroſo prodeſſe non debet. Deinde & ideo puniri debet, quo exemplo ſit alijs ad deterrenda flagitia.

Etſi enim finis pœnæ ſit emendatio & correctio facineroſorum hominum *d.l.20 ff.de pœnis*: hic tamen non ſolus eſt finis, cum & ideo pœnæ infligantur, quo alij à facinore deterreantur, vt eleganter Triphoninus ſcribit in *l.bona fides.31.ff.depoſiti.* Vt ita pœnæ ſpectent, non ſolum ad emendationem ipſorum delinquentium ſed & aliorum atque in pœnis, quæ etiam viuis infliguntur, non tam eorum cruciatus ſpectatur, quam exemplum in alios publicum.

Et hanc exceptionem atque *d.l.fin.ff.de bonis eorum qui ante ſentent.* explicationem, confirmat expreſſe *l.5 C.ſi reus vel accuſator mortuus fuerit.* In qua Imperator Gordianus Rufino ita ſcribit: *Defunctu reis publicorum criminum ſiue ipſi per ſe ea commiſerunt, ſiue alijs mandauerunt, pendente accuſatione, præterquam ſi ſibi mortem conſciuerint, bona ſucceſſoribus eorum non degenerari, notiſſimi iuris eſt.*

Ad *L.2.ff.de Cadaueribus punitorum.* reſpondet Muſcornius, crimina & eorum pœnas, regulariter quidem extingui, ſed excipi eas pœnas, quæ ſepulturam denegant, huiuſmodi enim crimina, ob q̃ prohibetur humatio, nullo vnquam tempore extingui, atq; de tali crimine accipi debere *d.l.2.de cadauer.punit.*

Quę exceptio, quamuis per ſe vera ſit, huc tamen non quadrat, quia in *d.l.2.* de in Inſula relegato, vel deportato Marcellus loquitur, cuius pœnam fuiſſe humationis prohibitionẽ, nuſpiam legitur, nec id probat *d.l.2.* vbi ſaltem dicitur, alibi, quam in inſula, in quam defunctus relegatus, vel deportatus fuit, incõſulto principe, non poſſe defunctum ſepeliri. Et cum illi quoq;, qui capitali affecti ſunt ſupplicio, petentibus cognatis ad ſepulturam, à magiſtratu non denegentur, adeoque, in pœnam, inhumati non relinquuntur *l.1.ff eod.ti.* cur tam graui pœna deportati & relegati, poſt mortem etiam afficerentur?

Rectius itaq; diſtingui exiſtimo inter pœnam irrogatam & irrogandam, vt hæc quidem morte delinquentis extinguatur: vel potius irrogari impediatur: illa vero non item. Atque de pœna deportationis, ſemel irrogata, quod etiam poſt mortem duret, ſcripta eſt *l.2.ff.de bonis eor. qui ante ſententiam.* Ita vt qui in perpetuum in inſulam deportatus eſt, mortuus etiam extra illam inſulam incõſulto principe ſepeliri non poſſit. Quod ad crimen læſæ maieſtatis attinet, multa in eo ſpecialiter recepta ſunt, ob atrocitatem ipſius, quæ ad conſequentiam produci non debent nec

 poſſunt,

poſſunt, vt ex *l. quiſquis c. ad l. Iul. Maieſt.* perſpicuum eſt.

Quæ. 29 *An poteſtas ferendi legẽ ſit meri imperij?*

De iure & poteſtate ferendi leges, valde dubitatur, anne Imperij meri ſit, an vero ad regalia referri debeat?

Equidem Bartolus, & qui ipſum ſecuti ſunt, ſtatuunt, poteſtatem condẽdi legem meri Imperij partem eſſe, atq; ad ſupremũ eius gradum referri oportere: ſed pleriq; è Neotericis hanc Bartoli opinionem reijciunt, Iohan. Coraſius *de art. iur. c. 15.* & in *l. 3. n. 19. & 32. ff. de Iuriſd.* Vaconius à Vacuna *6. declarat. 2. n. 2.* Longouall. *de Iuriſd. par. 3. c. 7. n. 27.* Fachin. *9. Controu. 94. in fine* Obrecht *de Iuriſd. c. 7. n. 33.* Matth. Stephani *de Iuriſd. lib. 1. c. 7. n. 8.* Henric. Bocer. *de Iuriſd. c. 5. n. 7.* qui vnanimiter ſtatuunt, poteſtatem condendi legem vniuerſalem, ad merum Imperium nec poſſe, nec debere referri; idque ob ſequentes rationes.

1. Merum Imperium conſiſtit in animaduerſione in facineroſos *l. 3. ff. de Iuriſd. l. 6. pr. ff. de offic. proconſ. l. nemo ff. de reg. iur.* at princeps legem ſanciendo, nec animaduertit in facinoroſos, nec ius in foro dicit: proinde legis condendæ poteſtas eſt neq; imperij meri, neq, Iuriſdictionis criminalis, ſed de reſeruatis principis atq; è numero maiorum regalium arg. *l. 1. ff. de conſti. pr.*

Si leges, mero Imperio ſuperiores & anteriores ſunt, vtiq; non erunt Imperij meri: atqui verum eſt prius, quia pœnę ex præſcripto legum in ijs delictis infliguntur, quæ pœnas definitas habent, alijs vero extra ordinem pro arbitrio incutiuntur. Proinde legis condendę poteſtas non erit referenda ad merum Imperium, ſed ad poteſtatem principis, quæ & prior & maior eſt mero Imperio.

3. Accedit quod non omnes, qui poteſtatem habuerunt condendi legem, habuerint etiam merum Imperium: cui cõſequens eſt, poteſtatem condendi legem vniuerſalem non eſſe Imperij meri: antecedẽs probatur exinde, quod olim in Repub. Romana Ædiles Curules edicta propoſuerint, q̃ vim legis vniuerſalis habuerũt, nec tñ illis Imperiũ merũ cõpetierit.

Deniq; vel ideo Bartoli opinio recipi non poteſt, quia nullo plane iuris fundamento nititur: nuſpiam enim in toto iure noſtro proditum eſt, legis condendæ poteſtatem eſſe Imperij meri, nec vlla, ẽt minima ratione id comprobatur, qua ꝓinde facilitate adſtruitur, eadẽ rurſus reijcitur.

Cum autem merum imperium omne in pœnarum irrogatione conſiſtat *l. 3. ff. de Iuriſd. l. 6. pr. ff. de offic. proconſ. l. nemo 7. de reg. iur.* proinde, vt certi pœnarum gradus, ſeu claſſes in iure conſtituuntur, ita etiã meri imperii certos gradus cõſtitui, conſequẽs eſt. Etſi autẽ circa definitionem graduum admodum varient Interpp. & aliqui, Bartolum ſecuti, octo, alij ſex, quidã quinq;, nõnullis quatuor ſtatuant. Illis tamẽ ſubſcribere nõ dubito, qui tres duntaxat gradus faciunt, ſic Zaſius in *l. 3. ff. de Iuriſd.* Obrecht. *in d. tract. de Iuriſd. & Imperio c. 7.* Scipio Gentil. *lib. 3. de Iuriſd. c. 6. & ſeq.* Matth. Stephani *lib. 1. de Iuriſd. c. 7. & ſeq.* & plerique è recentioribus. *Lit. C.*

In primo autem gradu recte conſtituuntur illæ pœnæ, quibus vita naturalis tollitur, & vltimi ſupplicii appellatione deſignantur.

Secundus eas continet pœnas, quæ ꝓximæ ſunt morti, & caput ciuile, libertatẽ ſcilicet aut ciuitatem adimunt.

Tertius vero & infimus, eas pœnas cõplectitur, quæ caput naturale, vel ciuile non tollunt; ſed vel ad corporis coercitionem, vel ad exilium, vel ad infamiam, vel damnum pecuniarium ſpectant.

Atque hanc graduum meri Imperii diſtributionem, iuri conſonam eſſe, probatur primo textu expreſſo *tit. 17. lib 5. ſenten. Pauli*, vbi Ictus ita ſcribit: ***ſumma ſupplicia ſunt Crux, crematio, decollatio: mediocrium autem delictorum pœna ſunt metallum, ludus deportatio: minimæ relegatio, exilium, opus publicum, Vincula.***

2. Deinde idcirco quoq; diſtributio iſthæc

hęc retinenda videtur, quia generi pœnarum quam optime congruit, ad tria enim genera pœnarum omnes pœnas commodiſſime referri poſſe, ex prædictis patet.

Nec huic ſententiæ obloquitur *l.6 §. fin. & l.7. & 8. ff. de pœn.* vbi Icti Vlpianus & Calliſtratus in hæc verba ſcribunt: *nunc genera pœnarum nobis enumeranda ſunt, quibus præſides adficere quemque poſſint: & ſunt pœnæ quæ aut vitam adimant, aut ſeruitutem iniungant, aut ciuitatem auferant, aut exilium, aut coercitionem corporis contineant; veluti fuſtium admonitio, flagellorum caſtigatio, vinculorum verberatio: aut damnum cum infamia, aut dignitatis aliquam depoſitionem, aut alicuius actus prohibitionem*, ecce hoc loco octo referuntur pęnarum genera: quo ipſo Bartoli ſententia ſtabiliri videtur, octo ſcilicet meri Imperii eſſe gradus: ſed hoc vt dixi, noſtrę opinioni nil quicquam aduerſatur: nec enim inficiamur, quin octo vel plures etiam gradus pœnarum merique Imperii conſtitui poſſint, ſed ad pauciores & tres ſolum gradus eos reuocari commode poſſe contendimus; id quod etiam ipſe Calliſtratus luculenter docuit in *l. Capitalium 28. princ. ff. de pœn.* quod autem per pauca fieri poteſt, id non debet fieri per plura.

Similiter non refragatur *d. l. Capitalium* 28. vbi quatuor gradus pœnarum facere videtur Calliſtratus, dum ita ſcribit: capitalium pœnarum fere iſti gradus ſunt: ſummum ſupplicium eſſe videtur ad furcam damnatio, item viui crematio; quod quamquam ſummi ſupplicii appellatione merito contineretur, tamen eo, quod poſtea id genus pœnæ adinuentum eſt, poſterius primo viſum eſt, item capitis amputatio. Deinde proxima morti pœna metalli coercitio, poſt deinde in inſulam deportatio. Cæteræ pœnæ ad exiſtimationem non ad capitis periculum pertinent &c. Quibus verbis videtur Ictus quatuor gradus pœnarum conſtituiſſe, ita vt primus atque ſupremus vltimum contineat ſupplicium; ſecundus pœnas, quæ caput ciuile, hoc eſt libertatem adimunt, qualis eſt damnatio in metallum. Tertius eas complectatur pœnas, quæ ciuitatis ius adimunt: & quartus atq; poſtremus eas pœnas, quę ad capitis periculum non pertinent.

Reſpon. Sed hoc nobis non reſiſtit: ſi enim hoc Calliſtrati reſponſum accuratius conſideraverimus, manifeſte deprehendemus, id nobis non tam refragari, quam patrocinari. Nam in *verſic. poſt deinde.* non nouus & à proximo diſtinctus gradus, vt vulgo ſibi perſuadent, proponitur, ſed exemplum duntaxat gradus pręcedentis, illius ſcilicet, qui pœnas, vltimo ſupplicio proximas, continet. Idque hinc colligitur, quod deportatio ſit pœna morti proxima, quoniam per eam deportatus è numero ciuium Romanorum tollitur, non alter, atq; morte naturali. *§. 1. Inſt. quib. mod. patr. pot. toll.* vnde etiam deportatus ciuiliter mortuus dicitur. Vt ita Calliſtratus tres ſolum faciat pœnarum gradus, ac medii duo exempla proponat, damnationem in metallum & deportationem.

Ad primum gradum meri Imperij refertur vltimum ſupplicium, quo vita & caput naturale adimitur, *d. l. 28. in pr. ff. de pœn. l. 103. de V. ſignif.* *Lit. D.*

Ad illud vero refertur damnatio ad beſtias, qua quis aut beſtiis dilaniādus obiicitur, vel cum illis certare cogitur, cuius pœnæ atrociſſimæ mentio fit in iure noſtro vt in *l. 29. ff. de pœn. l. pen. ff. ad L. Pompeiam de parricid.*

Cæterum hoc genus pœnæ hodie in deſuetudinem abiit, nec amplius frequētari ſolet, ſed, vt vulgo putatur, in locū eius decapitatio, hoc eſt capitis amputatio eſt introducta.

Secundum gradum meri Imperii dixi ad eas ſpectare pœnas, quæ morti ſunt ꝓximæ, & caput ciuile tollūt; hoc eſt, libertatem vel ciuitatem adimunt, quoniā his, qui priuatur, quaſi mortuus è numero *Lit. E.*

ciuium

ſuam à ſe dictam, cum Imperium conſiſtat in executione *l.3.ff.de iuriſdict.* & Iuriſdictio ſine modica coercitione nulla eſt *l.fin.ff.de offic.eius.*

3. Quia habet etiam apparitores ſuos. *Nouell. de Teſtib.* & *Nouell. de duob. reis.* Ad quid vero apparitores haberet, niſi ſententiam ſuam exequi poſſet & contumaces ac parere nolentes coercere.

4. Accedit quod delegatus principis habeat plus iuris maioremque poteſtatem, omnibus poſt principem *l. minor autem.ff. de minoribus.* Quare cum nullus ſit magiſtratus, qui ſententiam ſuam exequi non poſſit, abſurdum eſſet dicere, delegatum principis non poſſe ſententiam, à ſe latam, exequi.

Non obſtat *d. Nou.53. cap 4.* Nam ad eam bene reſpondet Scipio Gentil. per eum, qui datus eſt à iudice ex ſacra forma aut iuſſione, non intelligi datum à principe, ſed datum à delegato principis: per datum ab adminiſtratore, intelligi datum à magiſtratu; ita vt ſicut iudex à magiſtratu datus, non poteſt exequi ſententiam, quia non habet iuriſdictionem; ita quoque nec datus à principis delegato, ſed vt ille ad magiſtratum recurrit, ab eoque ſententiæ executionem petit, ita quoque & datus à principis delegato, recurrat ad delegatum principis.

Non obſtat *l. vltim. in verb. Executore negotij, cui mandata eſt huiuſmodi cauſæ examinatio, imminente & ſtatuta ab arbitrus, effectui mancipante C. de iudic.* nam ſi recte conſideretur iſte textus, loquitur de executore, qui ab initio datus eſt vna cum iudice, qui iudex de cauſa cognoſcere deberet, dummodo pro *examinato* legatur *exactio* ſiue actio vt eſt in editione Haloandri: atque hanc interpretationem illud confirmat, quod ea lex loquatur, tam de delegato magiſtratus, quam de delegato principis: atqui iudicem à magiſtratu datum non poſſe exequi ſententiam ſuam certum & expeditum eſt *l. 15. princip. ff. de re iudicata.*

Vtrum porro delegatus principis poſſit cauſas meri Imperij ſubdelegare, valde controuerſum eſt. *Quæſ. 9 An delegatus principis poſſit cauſas meri Imperij ſubdelegare?*

Nam quibuſdam placet Affirmatiua ſententia, qui exiſtimant, ſpeciale hoc eſſe in delegato principis quod cum alij magiſtratus, quibus imperium merum competit illud delegare & demandare alij nequeant: delegato tamen principis hoc concedatur: mouentur autem *l.vnic.C.qui pro ſua Iuriſdict. l.5. C. de iudic.* & alijs quibuſdam rationibus, quibus plene probari exiſtimant quod, delegatus Principis merum quoque imperium poſſit delegare.

Sed refellitur hæc ſententia & funditus euertitur per *l. 1. ff. de offic. eius l.70. de reg. Iur. & l. 6. ff. de offic. proconſul.* quibus in legibus dicitur, quod *Nemo* poſſit gladij poteſtatem, vel aliam aliquam coercitionem ſibi datam, alij delegare: atque hæc quoque ſententia communiori Dd. calculo approbata eſt, de qua vide quæ ſcripſi in *dict. tractatu: de Iuriſdictione. polit. part. 1. capit. 2. quæſt.9.*

Illud notandum, quod etſi iure Canonico merum Imperium delegari poſſit, non tamen valeat ſubdelegari. Hodierna ſane conſuetudine, qua merum Imperium iure magiſtratus competit, dubitandum non videtur, quin delegatus principis cauſas meri Imperij & criminalis iuriſdictionis æque atq; cauſas ciuiles ſubdelegare queat.

De delegato ſiue CommiſſarioCameræ Imperialis, ecquid dicendum? Nam his quoq; ſubdelegandi poteſtatem competere, quidam ſtatuunt: alij vero negant: pro affirmatiua pugnat Gailius, qui iſta ratione mouetur, quod Camera æqualem & concurrentem Iuriſdictionem habeat cum Principe, & ſit ipſius Principis iudi- *Quæ. 10 An Commiſſarius Cameræ imperialis poſſit ſubdelegare?*

iudicium, delegatus autem principis habeat ſubdelegandi poteſtatem: igitur etiam delegatus ſeu commiſſarius Cameræ, quæ ſententia mihi videtur eſſe veriſſima: nec mouet quicquam in contrarium *cap. fin.* §. 1. *de offic. delegati.* Ex quo infertur quod cum induſtria delegati à Camera ſit electa, non poſſit vices ſuas alij mandare: nam ſi hoc alicuius foret momenti, ſequeretur nec Cameram habere poteſtatem ſubdelegandi, nec principis delegatum ſiue commiſſarium vices ſuas ſubdelegare poſſe, quo circa cum huic non obſtante modo allegata ratione, concedatur poteſtas ſubdelegandi, ſequitur eandem poteſtatem ſubdelegato quoque Cameræ, quæ principis vices ſuſtinet, ex prædicta ratione non eſſe denegandam.

Lit. D. Cæterum Notionem non nudam, ſiue legitimam Autor noſter rurſus facit duplicem, vnam quæ à lege deſcendat: alteram vero quæ iure magiſtratus competat, atque in ſpecie Iuriſdictio appelletur. Ad priorem refert ius dandi tutores: Nam hanc neque Imperij eſſe, neq; Iuriſdictionis, ſed ex ſpeciali legis delegatione deſcendere autor eſt ICtus Vlpianus in *l.6.§.2.ff.de tutelis.* Quanquam negari non poſſit, quin Iuriſdictione plene & generaliter accepta, contineatur tutoris datio, quomodo etiam textus illi, in quibus ad Iuriſdictionem refertur tutoris datio, intelligendi ſunt, vt demonſtraui in *d. tractat. de Iuriſdictione. part.2. quæſt.2.* vbi prolixe hanc quæſtionem tractaui.

Quæſ.11 *An tutoris datio ſit Iuriſdictionis?*

Lit. E. Iuriſdictio, in ſpecie ſic dicta, diſtinguitur ab Imperio mero & mixto *l. 3.ff. de Iuriſdict.l.4. de Iuriſdict. l.6.§.2.ff. de tutelis l.fin. ff. de offic. eius cui mand.* Etſi enim Iuriſdictio in ſubiecto, ſeu materia, circa quam, conueniant, ſic vt quod eſt Iuriſdictionis, idem quoque ſit Imperij & viceuerſa, effectu tamen differunt & ſunt diſtincta, quia Iuriſdictio eſt ius cognoſcendi & ſtatuendi de cauſis ciuilibus: mixtum vero Imperium eſt poteſtas, quæ Iuriſdictioni cohæret, atque eius tuendæ & exequendæ cauſa comparata eſt. Quin imo nec ſemper in ſubiecto eſſe coniuncta iuriſdictionem & Imperium, teſtantur ea, quæ iuriſdictionis voluntariæ dicuntur, quæ ſimplicis eſſe Iuriſdictionis, non etiam Imperij, palam eſt. Et quod in obiecto quoque diſtinguantur Iuriſdictio & Imperium, ſatis arguunt ea, quæ in *l.4.ff.de Iuriſdict.* dicuntur magis eſſe Imperij quam Iuriſdictionis. Inſuper licet Iuriſdictio & Imperium ſint coniuncta, vt arguit *l.fin.ff.de offic. eius.* Sunt tamen nihilominus diſtincta, vt ex prædictis relucet vide in *d. tractat.de Iuriſdictione par. 2. q. 1.*

Quæſ.12 *An ſit aliqua Iuriſdictio ſimplex, à mero & mixto Imperio diſtincta?*

RESOLVTIO THESIS tertiæ.

Lit. A. Conſtituti ſiue iudicati exequendi poteſtas, nihil aliud eſt, quam Imperium, quoniam Imperium in executione & coercitione conſiſtit *l. fin. ff. de offic. eius cui mandat.* quod, etſi à quibuſdam definiatur per Iuriſdictionem in coercendo poſitam, minus tamen conueniens eſſe hoc genus Imperij ex prædictis patet; neque vllus eſt textus iuris, in quo Imperium Iuriſdictio dicatur.

Quæſ.13 *An iudicati exequendi poteſtas ſit iuriſdictio?*

Eſt porro Imperium hoc duplex, mixtum & merum, quorum illud quidem in Ciuilibus; hoc vero in criminalibus cauſis dominatur. Mixtum Imperium dicitur, quia Iuriſdictioni cohæreat *l. 1. §.fin.ff. de offic. eius.* Ipſumque Iuriſdictioni ineſt *l.2. ff.de Iuriſdict.* adeoque cum Iuriſdictione permixtum eſt; vnde etiam non-merum appellatur in *l. fin. ff. de offic.eius cui mand.* Donell.l.17. *commen. 6.*

Quæſ.14 *Imperium mixtum vnde dicatur?*

Google

Obrecht. *de Iuriſdict. capit. 3. numero 21.*

Equidem Accurſius mixtum Imperium inde ſic appellari exiſtimat, quod ad eius conſtitutionem concurrunt Iuriſdictio & Imperum merum, cum hoc mixtum Imperium à mero hoc accipiat, vt non poſſit demandari, & à iuriſdictione ne hoc mutuetur vt incommodo pecuniario conſiſtat.

Veruntamen hæc ſententia ab alijs merito reijcitur, non enim concurrit merum Imperium ad conſtitutionem mixti Imperij, quia merum Imperium ad cauſas tantum criminales, Imperium vero mixtum ad cauſas duntaxat ciuiles pertinet, & quanquam hoc commune habeter mixtum Imperium cum mero, quod demandari non poſſit, inde tamen non protenus dicendum eſſet, mixtum Imperium conſtare partim mero Imperio, partim Iuriſdictione, quia ad hoc, vt quid dicatur ex quibuſdam mixtum requiratur, vt partibus eius ſubſtantialibus conſtet: atqui adiunctum ſolum Imperij meri eſt, vt non poſſit mandari. Quin etiam Imperium mixtum poſſe mandari verius eſt *l. 1. & l. fin. de offic. eius.*

Quæ. 15. *An in l. 3. ff. de Iuriſdictione rectè legatur cui & Iuriſdictio in eſt?*

Hinc puto in *l. 3. de Iuriſd.* recte legi. *Cui etiam Iuriſdictio ineſt*, quoniam Imperio vtique ineſt iuriſdictio. ſic enim dicitur adminiſtrationi magiſtratuum cohærere iuriſdictionem. *l. fin. verſ. penult. C. vbi & apud quem.* Sicut igitur Imperium ineſt Iuriſdictioni, eidemque cohæret *l. 1. in fin. & l. fin. ff. de offic. eius.* Ita viciſſim Iuriſdictio cohæret Imperio. Quanquam in eo videatur quædam eſſe diuerſitas, quod omne Imperium Iuriſdictionem præſupponat: at non omnis Iuriſdictio imperium: ſimplex enim Iuriſdictio, ad quam voluntaria Iuriſdictio referenda, ſeparata eſt ab imperio.

Obſeruandum præterea eſt, Imperium mixtum eſſe duplex, vnum quod Iuriſdictioni, tanquam principali accedit *l. fin. ff. de offic. eius l. 2. ff. de Iuriſdict.* alterum cui, vt principali accedit Iuriſdictio, cuiuſmodi eſt illud, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, item in iubendo caueri prætoria ſtipulatione.

Cæterum vtrumque mixtum Imperium iure magiſtratus competit, per textum in *l. 1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* In cuius legis principio cum Papinianus regulam propoſuiſſet, quod ea, quæ iure magiſtratus competunt, mandari poſſint, ſubijcit Imperium mixtum poſſe mandari. Ex quo neceſſario concludendum quod mixtum Imperium iure magiſtratus competat.

Quæ. 16. *An municipalu magiſtratus habeat mixtum imperiū?*

Sed anne magiſtratui municipali quoque mixtum hoc Imperium competat, expeditum non eſt? Pro negantium ſententia facit *l. 2. ff. de in ius voc.* vbi dicitur, *eos duntaxat magiſtratus vocari non poſſe in ius, qui Imperium habent & coercere poſſunt*, vnde liquet quod ſint quidam magiſtratus, qui non habent Imperium; at tales non poſſunt eſſe alij, quam municipales, quin etiam textus eſt apertiſſimus in *l. 32. ff. de iniur.* in quo aſſeritur, minores magiſtratus in ius vocari poſſe: at magiſtratus minores ſunt municipales: quocirca hi imperio deſtituuntur.

Accedit quod in iſta *l. 32. ff. de iniur.* dicitur, magiſtratus minores eſſe ſine imperio.

Et in *l. 26. ff. ad municipal.* negatur ea facere poſſe, quæ magis ſunt Imperij, quam Iuriſdictionis. Denique in *l. 2. ff. ſi quis ius dicenti*, negatur quod magiſtratus ſuam iuriſdictionem poſſit tueri pœnali iudicio, quod tamen Imperij mixti eſt *l. fi. §. 1. ff. de offic. eius.*

Veruntamen magiſtratum etiam municipalem habere imperium mixtum, colligitur exinde, quod cum ipſi, ex omnium cōfeſſione, tribuatur Iuriſdictio, ſequitur neceſſario, quod eidem & mixtū imperiū com-

Digitized by Google

competat, tum quia hoc imperium cohæret iuriſdictioni *d. l. 1. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* ipſique iuriſdictio ineſt *lege 3. ff. de iuriſdict.* tum quia hæc iuriſdictio municipalis magiſtratus nulla eſſet ac eluſoria redderetur, deſtituta coercitione modica *d.l. fin. ff. de offic. eius.*

Eandem ſententiam confirmat quod magiſtratus municipalis exequi poteſt ſuam ſententiam *l. 4. §. 1. ff de damno infect.* atqui hoc mixti eſt imperij. Quocirca indubitanter habet imperium mixtum magiſtratus municipalis. Vide quæ prolixe ſcripſi de hac cõtrouerſia in *tractatu de iuriſdict. p. 3. q. 2.*

Qu. 17. *An magiſtratus municipalis habeat mulctæ dictionẽ?* Quod ſi itaque magiſtratus municipalis mixtum habet imperium, quæritur porro, an etiam mulctæ dictionem habeat? Affirmat Autor noſter, cuius ſententia veriſſima eſt: tum quia magiſtratus municipalis habet imperium mixtum, vt ex prædictis relucet, atqui ius dicendi multam eſt mixti imperij *arg. leg. fin. ff. de offic. eius cui mandat.* tum etiam quia his datur mulctæ dicendi ius, quibus publice iudicium eſt *lege 2. ff. de iudic.* Atqui nemo dubitat, quin magiſtratus municipalis publice exerceat iudicium. tum quia in *l. 151. §. 1.* dicitur, magiſtratus poſſe mulctam dicere. Igitur & municipalis magiſtratus, quia & ipſe magiſtratus eſt.

At qui diſſentiunt, nituntur *l. vnic. ff. ſi quis ius diceñ*, vbi negatur, quod magiſtratui municipali permiſſum ſit, iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio defendere. Itẽ ſeſe fundant quoque in *l. Aliud eſt fraus, 131. de verb. ſignific.* vbi dicitur, magiſtratus ſolos & præſides prouinciarum mulctã dicere poſſe.

Sed quomodo his & eius farinæ aliis argumentis occurrẽdum ſit, oſtendi in *d. tractatu de iuriſdict. p. 3. q. 3.*

Hæc itaque cum ita ſeſe habeãt, & magiſtratus etiam municipalis mixtum habeat imperium, rurſus patet, quod iuriſdictio & imperium, etſi diſtinguantur ab inuicem ratione actuum diuerſorum, nõ tamen ratione perſonæ exercentis, in qua ſemper hæc duo coniuncta reperiuntur, imperium, inquam & iuriſdictio.

Qu. 18. *Vnde imperiũ merum dicatur?* Merum imperium, quod diximus ad cauſas criminales pertinere, vndenam ſic nominatum ſit, non vna eſt Dd. noſtrorum ſententia: ſunt enim, qui exiſtiment, merum imperium exinde ſic dictum eſſe quod ſit ſummum & excellens: quoniam & alias merum pro ſummo vſurpatur vt apud Plautum, *meri bellatores* pro *ſummis & excellentiſſimis bellatoribus*, & apud Ciceronem *ſummi principes meri principes* dicuntur, & Pomponius quoque in *l. 2. §. populo deinde aucto. de orig. iur.* merum imperium ſupremam poteſtatem appellat.

Alij vero merum imperium ſic dictum aiunt, quod ſit purum a iuriſdictione criminali, nec ei admixtum, vt de mixto imperio ſupra dictum fuit: tum quia merum imperium mixto opponitur in *lege 3. ff. de iuriſdict.* mixtum vero illud dicitur, cui iuriſdictio ineſt *d. l. 3.* quodque iuriſdictioni cohæret *lege 1. in fin. ff. de offic. eius.* tum quia mixtum imperium vocatur non mixtum *l. fin. ff. eod. tit.* tum denique quia vſitate, non ſolum apud bonos latinos ſcriptores, ſed in vſu quoque iuris MERVM idem ſignificat, quod purum vt in *lege 82. verſic. ff de condit. & dem. l. 31. ff. depoſiti*, *lege 98. §. Mihi Romæ. ff. de ſolut.*

Mihi placet ſententia Donelli, ſtatuẽtis merum imperium non exinde ſic dici, quod nulli penitus rei cohæreat: cum coniunctum ſit iuriſdictioni criminali, quandoquidem nemo indicta cauſa, condemnandus eſt *l. 5. de pœn.* ſed ideo merum ac purum appellari, quia non ita cum iuriſdictione ciuili, vt mixtum imperium, coniunctum eſt, nec iure magiſtratus, omnique competit, qui ciuilem iuriſdictionem habet, ſed ei ſoli, cui fuerit ſpecia-

Digitized by Google

cialiter ac lege delegatū, ſed vide *q 4. part. 1.c.1 tract. de iuriſdictione politica.*

Definitur merum imperium in *d. l. 3. ff. de iuriſdict.* per *gladium*, quod ſit *ius gladij ad animaduertendum in facinoroſos*, vbi, quidnā per gladium intelligatur, & an recte per gladium definiatur merum imperiū, tractaui in *d.c.1.q 5. & 6.*

RESOLVTIO THESIS *Quartæ.*

Lit. A. Qu. 19. *An Iudicis dandi licentia ſit iuriſdictionis?*

IVriſdictionem porro, & mixtum imperium Ictus exemplis demonſtrat in *l.3. ff. de iuriſdict.* quando iuriſdictionē eſſe iudicis dandi licentiam ſcribit.

Quod tamen à nonnullis in dubiū reuocatur, quoniam in *l.12. ff. de iudic.* dicitur competere propter vim imperij, & quia iudicem dare ſit iubere iudicare *l. 13. de iuriſdict.* quod imperij mixti eſt. Item quia in *d. l. 3. de iuriſdict.* dicitur iuriſdictionem eſſe ETIAM iuriſdictionis, vnde colligitur quod non ſit ſolius iuriſdictionis, ſed imperij quoque.

Sed quod iudicis dādi licentia ſit iuriſdictionis, verius eſt. Primo, quia ei aperte attribuitur in *d.l.3. de iuriſdict.* Secūdo, quia propoſitum fuit Icto in *d.l.3.* imperiū merum, mixtum & iuriſdictionem qualiter qualiter, exemplis deſcribere: at hoc non preſtitiſſet nec ſuo propoſito ſatisfeciſſet, ſi iſto exemplo, iudicis inquā, dandi licētia iuriſdictionē non demōſtraſſet. Tertio denique magiſtratus, iudicem dando, ius dicit: at non coercet, cum volentibus & vltro inquirentibus iudicem conſtituit.

Quænam vera ſit *d.l.12.* ſentētia, & quid ad reliqua diſſentientiū fundamēta reſpōdendum ſit, oſtendi in *d. tractat. part. 2. quæſt. 5.*

Lit. B. Qu. 20. *An ratio bonorum poſſeſſiōis ſit mixti imperij?*

Mixtum imperium ait Ictus verſari in dāda bonorum poſſeſſione *d.l.3.* Hinc firmiſſime infertur ac concluditur quod datio bonorum poſſeſſionis non ſit ſimplicis iuriſdictionis, ſed mixti imperij.

Et quanquam Antonius Faber *d. l.3.* emendet, ac pro QVOD ſubſtituat QVÆ, ita vt datio bonorum poſſeſſionis ſit exēplum iuriſdictionis, non mixti imperij, quia tamen hæc interpretatio eſt diuinatoria & violenta atque lectioni receptiſſimæ contraria, idcirco qua facilitate adſtruitur, eadem etiam rurſus deſtruitur.

Maxime cum hanc etiam ſententiam noſtram probet *l.4.§.1.ff. de offic. eius* vbi aſſeritur, quod datio bonorum poſſeſſionis poſſit mandari: at ſi datio bonorum poſſeſſionis eſſet iuriſdictionis ſimplicis, ineptiſſime dubitatum fuiſſet, an poſſet mādari, cum iuris ſit certiſſimi, quæ iuriſdictionis ſunt poſſe mandari.

Et quanquam non deſint A. Fabro cæteriſque diſſentientibus argumenta, admodum ſpecioſa, quibus ſuum tueantur errorem, ea tamen à me diſſoluta ſunt in *d. tract. de iuriſd part. 2. q. 4.*

Qu. 21. *An agnitione bonorū poſſeſſionis ſit imperij mixti?*

Cum bonorū poſſeſſio alicui olim delata eſſet, loquebatur eam bonorum poſſeſſionem intra tempora præfinita ſolenniter petere; adeoq; neceſſaria erat ſolennis petitio & datio bonorum poſſeſſionis apud prætorem facta: Cæterum Conſtātinus Imperator in *l vlt. C. qui admitt. ad bonor. poſſeß.* conſtituit, vt ad acquirendam bonorum poſſeſſionē qualiſcunque teſtatio amplectendæ hereditatis, facta apud præſidem vel magiſtratum intra conſtituta tempora ſufficiat & pro ſolenni petitione cedat. Hæc igitur agnitio bonorum poſſeſſionis, ſurrogata in locum ſolennis iſtius petitionis & dationis bonorum poſſeſſionis, anne ſit imperij mixti quæritur?

Affirmatiua amplectēda videtur, propterea quod ſurrogatum ſapiat naturam eius, in cuius locū eſt ſurrogatū: atqui agnitio iſta bonorū poſſeſſionis ſurrogata eſt in locum ſolēnis petitionis & dationis bonorū poſſeſſionis, ideo ſicut hæc mixti imperij fuit, ita quoque hæc bonorum poſſeſ-

Digitized by Google

poſſeſſionis agnitio mixti erit imperij.

Contra Cuiacius ſtatuit eam eſſe ſimplicis iuriſdictionis, propterea quod hodie ex Conſtantini Imperatoris conſtitutione in *d.l. vlt.* prædicta agnitio corã municipali etiam magiſtratu fieri poſſit: hic vero ſimplicem duntaxat iuriſdictionem, & non mixtum imperium habeat. verumtamen hæc ſententia Cuiacij falſo nititur præſuppoſito: quod enim magiſtratus etiam municipalis, habeat imperium mixtum, ſupra fuit demonſtratum ſub *theſi præced. 3. lit. B.*

Lit. C. Qu. 22. *An in integrũ reſtitutio ſit mixti imperij?*

Ad mixtum quoque imperiũ refertur in integrum reſtitutio per textum expreſſum in *l. 24. ff ad municip.* vbi ad ea expreſſe refertur, quę imperij magis, quam iuriſdictionis ſunt, ſeu in quibus imperium eminet, & maxime ſeſe oſtendit.

Et quanquam ſint qui contrarium defendere nitantur ex *l. fin. C. vbi & apud quẽ.* tamen quænam ſit illius legis ſentẽtia dicam infra in *diſp. 11. theſ. 3. lit.* C. vbi hãc quęſtionem tractabo.

Lit. D. Qu. 23. *An incarceratio ſit mixti imperij?*

De incarceratione vtrumne ſit mixti, an vero meri imperij controuerſia eſt haut leuis, ſed ſatis intricata: quod enim ſit meri imperij & animaduerſionem in facinoroſos homines ſpectet, euincit *lege 2. C. de exactor. tribut. Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera, aliaque ab inſolentia iudicum reperta ſupplicia in debitorum ſolutionibus, vel à peruerſis vel ab iratis iudicibus, expaueſcat. Carcer pœnalium, carcer hominum noxium eſt.* Et in *l. 3. ff. de cuſtodia & exhibit. reorum,* expreſſe dicitur, ob graue delictum, etiam carceris pœnam, ante ſupplicium, ſuſtineri.

Cæterum quod non ſit imperij meri, nec ad coercendos ac puniendos facinoroſos carcer pertineat, probat *l. 8. §. ſolent. ff. de pœnis,* vbi ita Vlpianus ſcribit: *Solent præſides in carcere continendos damnare, vt in vinculis contineantur, ſed id eos facere non oportet: nam huiuſmodi pœnæ interdictæ ſunt. Carcer enim ad cõtinendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

2. Accedit quod in *l. 2. ff. de in ius vocando.* illis magiſtratibus tribuitur incarceratio, qui cum imperio ſunt, & in *l. 9. §. fin. ff. ad l. Iul. peculat.* aſſeritur eos conijcere in carcerem, qui imperio vtantur: vnde Autor noſter cõcludit ius incarcerandi eſſe mixti imperij.

3. Inſuper modica coercitio eſt imperij mixti *l. fin. ff. de offic. eius cui mandat.* Atqui incarceratio eſt modica coercitio. Igitur incarceratio eſt mixti imperij.

Muſcornius in ea eſt hæreſi, quod carcer ſimplicis ſit iuriſdictionis, quando ad eum finem incarceratio fit, vt incarceratus à minore magiſtratu tandiu cuſtodiatur, donec ad ſuperiorem mittatur iudicem, quoniã hic inferior, ſeu minor magiſtratus, nullũ habet imperium, nec mixtum, nec merum, ſed ſimplicem duntaxat iuriſdictionẽ. Sin vero procedat incarceratio à maiore magiſtratu, donec cognoſcatur de crimine capitali, meri eſſe imperij.

Mihi placet diſtinctio Obrechti & aliorum, vt ſi quis in cauſa ciuili incarceretur, explicandæ & exequendæ iuriſdictionis ciuilis gratia, eo quod contumax extitiſſet, nec ſententiæ iudicis obtemperare voluiſſet, aut quod de fuga eſſet ſuſpectus, tum incarceratio ad modicam iſtam coercitionem, ſine qua iuriſdictio foret nulla *d. l. fin. ff de offic. eius.* quæq; mixti eſt imperij, referri debeat. Sin vero in cauſa criminali, pœnę loco, carcer decernatur, vt aliquando fieri ſolet, *d. l. 3. de cuſtod. & exhib. reor.* & iure Canonico permittitur, vel ſi decernatur ad cuſtodiam facineroſorum vſque dum de illis ſupplicium ſumatur; ad merum referri debet imperium.

Neque priori huius diſtinctionis mẽbro quicquam refragatur *l. 2. de exactor.* vbi negatur, debitores propter debitum incarcerari poſſe: nam reſpondeo, illam legem de publicis, ſiue fiſci debitis intelligendam, in quibus Imperator carcerem & verbera remouet: in priuatis autem debitis dubitandũ non eſſe, quin carcer

Digitized by Google

Reſolvtio Theſis Quintæ.

Lit. A. Qu. 25. An merũ imperiũ recte definiatur per gladium?

INdicati exequendi poteſtas in cauſa criminali imperium dici merum, ſupra dictum fuit: hoc autem definitur in *lege 3. ff. de iuriſdictione*, poteſtas gladij ad animaduertendum in facinoroſos. De qua definitione vtrumne bona & perfecta ſit, valde diſceptatur: & plerique Neotericorum præſertim definitionem iſtam Vlpiani aiunt imperfectam & à maiore duntaxat meri imperij parte confectam. Atque ita Henricus Bocerus *de iuriſdictione, cap. 5. numer. 1.* Muſcorn. *de iuriſdict. num. 42. & ſeq.* Obrecht. *de iuriſdict. cap. 2. numer. 20.* Paurmeiſter *libr. 1. cap. 11. numer. 17.* ſtatuunt; idque ſequentibus rationibus ſtabilire conantur.

1. Quia merum imperium cõtinetur non tantum gladij poteſtate, ſed etiam alia coercitione facineroſorum *l. ſolent 6. pr. & l. 11. ff. de offic. Proconſ. l. illicitas 6. § qui vniuerſas. ff. de offic Præſid. l. 8. §. 1. & l. capitaliũ. ff. de pœn. l. Nemo poteſt 7. de R. iur.* vnde ſequitur, quod hæc definitio perfecta dici nequeat.

2. Deinde cum nec mixti imperij nec iuriſdictionis definitiones in *l. 3. ff. de iuriſdict* proponantur, credibile non eſt, Ictũ Vlpianum meri imperij definitionẽ eſſẽtialem atq; perfectã proponere voluiſſe.

3. Quin & ꝓpterea imperfecta videtur ꝓpoſita definitio, ꝙ reos abſoluẽdi, nõ complectatur: at hoc eſſe meri imperij, expeditum videtur, idque probat luculẽter *l. ſolent. 6. ff. de offic. Proconſ.* in qua Vlpianus ſcribit: ***Sed hoc genus mandati extraordinarium eſt: nec enim poteſt quis gladij poteſtatem ſibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre: nec liberandi igitur reos ius, cum accuſari apud eum non poſsint.***

Verum, quominus à priori opinione recedam, faciunt ſequentia hæc iuris fundamenta. Primo enim quod Vlpianus voluerit in *d l. 3.* definire imperium merum, ex eo liquet, quod vſus fuerit verbis, definitionem meri imperij denotantibus: ſic enim ait: *Merum imperium eſt:* particula *Eſt*, vtiq, pro nota habetur definitionis, ſi nõ cõtrariũ ex circũſtãtus manifeſte liqueat.

2. Deinde cum merum imperium in criminibus coercendis omne verſetur, in eoque ſolum occupetur, vt in facineroſos animaduertentur, nihil ſane imperij meri eſt, quod præfata definitio non exprimat: niſi fortaſſis vocula *gladij* ad maiorem animaduerſionem definitionem reſtringit: at ſecus ſeſe rem habere, patet ex eo, quod nõ raro nomẽ *gladij* generaliter, pro quauis poteſtate ad facineroſos coercendos, magiſtratui conceſſa, accipiatur: ſic accipitur in *cap. 13. ad Romanos.* quãdo Apoſtolus ſcribit, ***magiſtratum non ſine cauſa gladiũ portare, cum ſit Dei miniſter vindex in iram ei, qui malum agit***: vbi *gladius* pro quauis poteſtate facineroſos coercendi & puniendi accipitur.

His non aduerſantur quæ in contrariũ ſunt allata: nõ primum, quia gladij appellatio in iure capitur tripliciter, vt in ſequẽti quæſtione dicetur: Primo in genere pro quauis in facineroſos animaduerſione: deinde pro animaduerſione grauiori ſeu vltimo ſupplicio: deniq; materialiter pro enſe, quo caput alicui abſcinditur, ſeu amputatur: Vt igitur in locis adductis accipiatur ſtricte pro grauiori animaduerſione; hoc tamẽ in loco nõ ſtatim propterea eodem modo capitur, maxime cum liqueat, ex prædictis, Vlpianũ in *d. l. 3.* imperij meri definitionẽ ꝓponere voluiſſe.

Ad ſecundum reſpondetur in *d. l. 3.* nõ ſolum meri, ſed & mixti imperij definitionem propoſitam fuiſſe: mixtum enim imperium eſt illud, cui iuriſdictio ineſt, vnde & mixtum appellatur; nec vllam rationem video, quæ impediat, quominus hæc, ab Vlpiano propoſita, vera ſit mixti imperij definitio: Iuriſdictionem vero ſimplicem, etſi exemplo duntaxat declararit, inde tamen minime ſequitur, quod con-

conſimiliter merum & mixtum imperiũ exemplo illuſtrare ſaltem & non definire voluerit.

Ad tertium reſpondetur ius reos abſoluendi, quamuis non explicite & expreſſe, implicite tamen & tacite definitione contineri: Eius ſiquidem eſt abſoluere, cuius eſt damnare *d. l. ſolent.* Ex quo luce meridiana clarius eluceſcit, quod cui non competit poteſtas condemnandi reos inque eos animaduertendi, eidẽ quoq; denegetur poteſtas reos abſoluendi. Deinde ſi proprie & accurate loquendũ, poteſtas abſoluendi reos nõ eſt imperij meri, vt quod in ſola coercitione, animaduerſione & executione occupetur, ſed rectius abſoluendi poteſtas ad criminalem refertur iuriſdictionem.

Qu. 26. Quomodo vocula gladij in definitione meri imperij capiatur?

Porro de vocabulo gladij, quo in prædicta definitione vtitur, valde controuertitur, nã enim Muſcornius, & plurimi ipſũ ſecuti, contendunt nomen GLADII illic materialiter accipi, pro qua opinione ſequentia hæc ſolent produci argumenta.

1. Quod paſſim, non ſolum apud probatos latinos ſcriptores; ſed in vſu quoq; iuris nomen gladij pro gladio materiali, ſiue pro enſe accipiatur.

Nam in *l aut damnum §. 1. ff. de pœnis.* Ictus declarare volens, qui dicantur illi, quibus vita adimitur, in hæc verba ſcribit: ***Vita adimitur, vt puta ſi damnatur aliquis vt gladio in eum animaduertatur: ſed animaduerti gladio oportet, non ſecuri, vel telo, vel fuſtibus, vel laqueo, vel alio aliquo modo.*** Quibus è verbis, ait Muſcornius, perſpicuum eſſe, gladium non pro quacunq;, ſed pro naturali tantũ gladij pœna accipi, deinde idẽ quoq; cõprobari putat *l. illicitas §. qui vniuerſas. ff. de offic. præſidis.* vbi elegãter dicitur, ius gladij eos habere, qui vniuerſas regunt prouincias, atq; in metallum dandi eis permiſsã eſſe poteſtatem. Ex quibus conſequi videtur, gladio, ciuilem pœnam comprehendi poſſe nullam, ne ſuperfluꝰ videatur Ictus, cum velit præter ius gladij etiam in metallum dãdi poteſtatẽ competere prouinciãs regentibus. Idem quoq; relucere videtur ex *l ſi quis filio exheredato §. irritũ. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam.* vbi dilucide oſtẽditur, ſub gladio nullam venire poſſe pœnã, præter eã, quæ naturaliter atq; proprie ſignificatur: idemq; Spartiani quoq; auctoritate confirmatur, qui in Caracalla, dum deſcribit Papiniani mortem, ſic ſcribit: *Caracalla iuſſit gladio Papinianũ feriri: deinde in cõſpectu eius ſecuri percuſſus eſt & à militibus occiſus: quo facto percuſſori dixit, gladio te exequi iuſſũ meũ oportuit.* E quibus dilucide patet, gladium olim materialiter pro enſe acceptum fuiſſe.

Quin etiã non parũ momẽti huic ſententiæ adfert hæc ratio, quod veriſimile ſit, Vlpianum ad ſtatũ ſui temporis reſpexiſſe, quo reis plerunq; gladio vita adimebatur *l. aut damnum. ff. de pœn.*

Sic & Præſidibꝰ, ad prouincias regẽdas miſſis, dabatur ius dũtaxat gladij exercẽdi, idq; ante Diuos Fratres, Ælium & Verum Impp. receptũ fuiſſe, patet ex *d. l. aut damnum. §. 1.* ita vt vitã non telo aut laqueo, nec alio quouis armorum genere, ſed gladio dũtaxat, ſeu enſe adimere fuerit permiſsũ. Quod ſi contingeret, vt quis propter admiſſum flagitiũ ad ignẽ & concremationẽ condemnandus eſſet, tũc à præſidibꝰ prouinciarũ, ius gladij habentibus, ordinaria iſta pœna irrogari nõ poterat, cũ gladij dũtaxat ius nominatim illis demãdatũ ſit, nõ etiã concrematio, vel crucifixio; ſed opus fuit reſcripto principis, quo pœna irrogãda continebatur *l. inter pœnas 6. §. Præſides 2. ff. de relegat. & interdict.*

Et ſane quod gladius non generaliter, pro quauis graui in facineroſos animaduerſione, ſed pro ea ſaltem pęna, qua quis gladio materiali, ſeu enſe vita priuetur, intelligi poſſit, ſatis comprobare videntur *l. ſolent. 6 ff. de offic. proconſul. l. Nemo 70. de Reg. Iur.* vbi poteſtas gladij ab alia quauis grauiori coercitione & animaduerſione diſcernitur, eidemq; opponitur: quod ſane

clare.

clare atque perſpicue ſignificat, gladij appellationẽ, in vſu iuris, nõ pro qualibet facineroſorum hominũ coercitione & animaduerſione, ſed materialiter ꝓ enſe capi. Quocirca cũ hæc ſit vſitata & genuina gladij ſignificatio, ab ea in dubio recedi nõ oportet; cum nõ aliter à ꝓpria vocis ſignificatione recedẽdũ ſit, quã ſi cõſtet ab ea legumlatorẽ recedere voluiſſe *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* in propoſito proinde dicendũ, etiam in *d. l. 3. ff. de iuriſd.* gladij nomen accipi ſtricte & materialiter.

Accedit quod cum in *d. l. 3.* Vlpianus etiam iuriſdictionẽ per exemplum deſcripſerit, eum quoq; imperium noluiſſe perfecte definire, ſed conſimiliter per exemplũ declarare: alioquin certe inde ſequeretur, gladij appellatione quaſcunq; etiã ciuiles pœnas, vt mulctam pecuniariã, incarcerationem, &c. contineri. Hoc autẽ quam abſurdum ſit, nemo eſt ſenſus cõmunis compos, qui non intelligat.

Cęterum hiſce non tantum autoritatis tribuendum puto, vt ab illorum diſcedatur ſentẽtia, qui ſtatuunt, vocem gladij in *d. l. 3.* nõ materialiter, pro telo ſeu enſe, ſed generaliter, pro coercitione & animaduerſione accipi.

Quod enim Vlpiano Icto in ea *l. 3.* propoſitum fuerit definire merum imperiũ, ex præcedentis quæſtionis reſolutione ſatis abundeq; relucet. Quocirca cum quælibet definitio debeat cũ ſuo definito eſſe conuertibilis, ſic, vt eo nec latior ſit, nec ſtrictior, ideo vocabulum gladij non ſtricte, ſed vt dixi, generaliter pro qualibet facineroſorũ coercitione & in eos animaduerſione accipi debet.

2. Idem quoq; exinde pateſcit, quod cum Vlpianus definiuiſſet merum imperium gladij poteſtatem ad animaduertendum in facineroſos, ſubiiciat hæc verba, *quod etiam poteſtas vocatur*, è quibus intelligitur *gladium* Icto idem eſſe, ꝙ *poteſtas*: & ideo perinde eſſe, ac ſi Ictus imperiũ merum definiuiſſet poteſtatem animaduertendi in facineroſos.

3. Adde quod & alias poteſtas, magiſtratui in facineroſos homines coercẽdos competens, gladij appellatione deſignetur, vt in *Epiſt. ad Roman. cap. 13.* Apoſtolus Paulus de magiſtratus officio & poteſtate diſſerens, ita ſcribit: *Vis autem non timere poteſtatem, bonum fac & habebis laudem ex illa. Dei enim miniſter eſt tibi in bonum. Si autem malum feceris, time: non enim ſine cauſa GLADIVM portat: Dei enim miniſter eſt, vindex in iram ei, qui male agit.*

His non obſtat quod in *lege Aut damnum 8. §. 1. ff. de pœnis l. illicitas § qui vniuerſas ff. de offic. præſid. l. ſi quis ex filio exheredato §. irritum ff. de iniuſt. rupt. & irrit fact. teſtament. in lege ſolent 6. ff. de offic. proconſ. & in lege 70. de R. iur. lege 30. in fine Cod. ad l. Iul. de adulter.* gladij nomen ſtricte, materialiter, pro telo & enſe capiatur: nam exinde non ſequitur, quod eodem modo eademq; in ſignificatione in *d. l. 3. ff. de iuriſdict.* ſumatur, cum, vt dictum eſt, in ea *l. 3.* Vlpiano fuerit propoſitũ merum definire imperium, vnde perſpicuum eſt, ꝙ à propria verbi ſignificatiõe recedere voluerit. Deinde cur in *d. l. aut damnum 8. §. 1. ff. de pœnis.* gladij appellatio non cõplectatur ſecurim, vel telum, vel fuſtim, vel laqueum, vel aliud aliquod pœnæ & ſupplicij genus, ſed gladium duntaxat materialẽ denotet, ratio eius hæc eſt, quia proponitur ibi Iudex aliquẽ ad gladium damnaſſe: Cum itaque iudicem oporteat ſententiã, maxime in criminalib[9], certam ferre, certa autem ea ſit ſententia, quæ verbis conſtat propriis, idcirco par erat, vt per gladium, de quo concepta erat ſententia, nõ quæuis intelligeretur animaduerſio, ſed pœna gladij materialis.

Idem quoque reſpondendum puto ad exemplum Antonini Caracallæ: nam idcirco ipſe gladij appellatione materialem denotat gladium, quia eo nomine vſus erat in ſententia, cuius verba ſtricte ac proprie ſunt accipienda.

Nec obſtat quod abſurdum ſit gladium ciuiles quaſcũque pœnas ſignificare: hoc enim abſurdum eſſe non puto, cum gladius quamlibet facineroſorum pęnã contineat, quoties ad magiſtratus generaliter poteſtatem refertur *d.c.13.ad Roman.*

Lit. B.

Qu. 27. *An merũ imperiũ in bruta animalia exerceatur?*

Conſiſtit igitur merum imperium in ſola pœnarum irrogatione, quod vtrũ ad bruta quoque animalia extendi poſſit, nõ nullum eſt dubium.

Pro negatiua ſententia facit hoc argumentum, quod quæ ratio eſt furioſi, eadẽ quoq; quoad propoſitum, conditio & ratio eſt bruti. non enim magis ratione vtitur furioſus, quam brutũ: non magis iniuriã facit brutum, quã furioſus: nec demq. magis dolus aut culpa in brutũ cadit atq; furioſum. atqui propter hanc rationem quod furioſus ratione non vtatur, non iniuriam faciat, nõ ſuæ ſit mẽtis, nec demq. dolus aut culpa in eũ cadat furioſum delinquere, & conſequẽter puniri nõ poſſe, dictum eſt proxime: quapropter ob hanc eadem rationem nec brutum delinquere ac puniri poterit.

Verum animalia occidi propter admiſſum homicidium & ob Sodomiam cũ illis commiſſam, iniuſtũ non eſt: Lege ſiquidẽ Diuina olim cauto erat, vt brutũ cum muliere coiens, occideretur *Leuit.c.20.* ac brutum hominẽ interficiens, interficiatur & ipsũ *Exod 21.* Huc pertinet conſtitutio criminalis Caroli V. in *art.116.* cui⁹ verba hęc ſunt: *So ein Menſch mit einem Viehe, Man mit Man, VVeib mit VVeib vnkeuſcheit treiben, die haben auch das leben verwirckt, vnnd man ſoll ſie der gemeinen gewonheit nach, mit dem fewr vom leben zum todt richten.*

Nec obſtat quod bruta non poſſint delinquere, nec delicto ſe ad pœnam obligare: non enim illud ſancitum ac conſtitutum eſt in pœnam brutorũ, ſed potius ad tollendam tam horrendi facinoris memoriam: quam rationem reddidit D. Auguſtinus in *can mulier. 15. q. 1.* dum in hæc verba ſcribit: ***Mulier quæ acceſſerit ad omne pecus & vult aſcendi ab eo, interficietis mulierem & pecus, morte moriantur. Rei ſunt: Quæritur quomodo ſit reum pecus, cum ſit irrationabile, nec vllo modo legis capax: Pecora inde credendum eſt iuſſa interfici, quia tali flagitio contaminata, indignam refricant facti memoriam.***

Consimiliter quæritur, vtrum in mortuorum cadauera, ſi atrox ſcelus commiſerint, merum imperium exerceri poſſit? Et prima fronte dicendũ videtur non poſſe in mortuos animaduerti.

Qu. 28. *An in cadauera mortuorum poſſit imperium merum exerceri?*

Primo quia morte aboleri crimen, facinus tolli, ac conſequenter pœnam defũctis illorũq; cadauerib⁹ irrogari nõ poſſe, non vno in loco iuris noſtri ſcriptum eſt.

Sic enim Ictus Marcianus in *l.6.ff.de public iud Defuncto*, ait, *eo, qui reus fuit criminis, & pœna extincta, in quacũq; cauſa criminis extincti, debet is cognoſcere cuius de pecuniaria re cognitio eſt.* Ecce hic aperte Ictus teſtatur, pęnam morte facineroſi extingui, ac ꝓinde in quacunq; cauſa criminis, morte delinquentis extincti, nõ amplius ad pœnã, ſed pecuniariter ſolum agi poſſe, ad id ſcilicet, ꝙ ex dilecto ad defunctum peruenit.

2. Idem quoque in *l.2.C.ſi reus vel accuſator mortuus fuerit.* à Conſtantino Imperatore ſancitum legitur, his verbis: *Etſi Marcellus, qui crimine falſi poſtulabatur, vita functus eſt, ac per hoc crimen in perſona eius ſit extinctum, accuſatio tamen non eſt abolita: cum tam vxorem eius, quam de eodem crimine poſtulatos eſſe proponas.*

3. Et rationẽ huius admodũ elegantẽ Paulus expreſſit in *l.20. ff.de pœnis.* ꝙ nempe pęna conſtituatur in emendationẽ hominũ facineroſorũ, quę emẽdatio ceſſet, mortuo eo, in quẽ cõſtituitur. Sic ſcilicet colligere videtur Ictus, ceſsãte fine, ceſſat id etiã, cui⁹ eſt finis: Atqui in mortuis ceſſat ac deficit finis pęnarum, qui in emẽdatione & correctione facineroſũ hominũ conſiſtit. Ergo in defunctis pœna deficit.

Verũ ꝙ pœna morte non extinguatur, ſed defunctis etiam irrogari queat, probare:

Digitized by Google

bare videtur *l. final. ff. de bonis eorum qui ante ſententiam*; vbi Marcianus ita ſcribit: *ſi quæratur, an is, qui ſibi manus intulerit, puniri debeat? & merito ſi ſine cauſa id fecerit, puniendus erit: qui enim ſibi non pepercit, multo minus alÿ parceret.*

2. Conſentit Marciano Marcellus in *l. 2. ff. de Cadau. pun.* ſi quis, inquiens, in inſulã deportatus, vel relegatus fuerit, pœna, etiam poſt mortem manet, neq; licet eum inde transferre alicubi.

3. Hinc etiam conſtitutum, vt reus criminis lęſæ maieſtatis, etiam poſt mortem puniatur, atque memoria ipſius damnetur. Quæ ſingula clariſſime probare videntur, pœnam morte facineroſi non extingui, nec crimen aboleri, ſed defunctos etiam puniri poſſe. Ego hac in re ſic ſtatuendum iudico: regulariter pœnã morte extingui & delictum tolli; idq; velle leges pro priori opinione adductas; certis tamẽ caſibus pœnã defunctis irrogari poſſe; ad quos refero leges poſtremo loco relatas.

Excipitur primo caſus, quo quis ſibi ipſi mortem fraudulenter conſciuit, quo ſeſe pœnæ ſubduceret; hunc enim punıẽdum *l. 2. ff. de bonis eorum qui ante ſent.* aſſerere videtur: & hoc duplici de cauſa, primo quia talis fraudem facit Reip. cuius intereſt delicta puniri *l. 51. ff. ad L. Aquil.* quæ fraus ipſi facineroſo prodeſſe non debet. Deinde & ideo puniri debet, quo exemplo ſit alÿs ad deterrenda flagitia.

Etſi enim finis pœnæ ſit emendatio & correctio facineroſorum hominum *d. l. 20. ff. de pœnis*: hic tamen non ſolus eſt finis, cum & ideo pœnæ infligantur, quo alÿ à facinore deterreantur, vt eleganter Triphoninus ſcribit in *l. bona fides. 31. ff. depoſiti.* Vt ita pœnæ ſpectent, non ſolum ad emendationem ipſorum delinquentium ſed & aliorum atque in pœnis, quæ etiam viuis infliguntur, non tam eorum cruciatus ſpectatur, quam exemplum in alios publicum.

Et hanc exceptionem atque *d. l. fin. ff. de bonis eorum qui ante ſentent.* explicationem, confirmat expreſſe *l. 5. C. ſi reus vel accuſator mortuus fuerit.* In qua Imperator Gordianus Rufino ita ſcribit: *Defunctis reis publicorum criminum ſiue ipſi per ſe ea commiſerunt, ſiue alÿs mandauerunt, pendente accuſatione, præterquam ſi ſibi mortem conſciuerint, bona ſucceſſoribus eorum non denegerari, notiſſimi iuris eſt.*

Ad *L. 2. ff. de Cadaueribus punitorum.* reſpondet Muſcornius, crimina & eorum pœnas, regulariter quidem extingui, ſed excipi eas pœnas, quæ ſepulturam denegant, huiuſmodi enim crimina, ob q̃ prohibetur humatio, nullo vnquam tempore extingui, atq; de tali crimine accipi debere *d. l. 2. de cadauer. punit.*

Quę exceptio, quamuis per ſe vera ſit, huc tamen non quadrat, quia in *d. l. 2.* de in Inſula relegato, vel deportato Marcellus loquitur, cuius pœnam fuiſſe humationis prohibitionẽ, nuſpiam legitur, nec id probat *d. l. 2.* vbi ſaltem dicitur, alibi, quam in inſula, in quam defunctus relegatus, vel deportatus fuit, incõſulto principe, non poſſe defunctum ſepeliri. Et cum illi quoq;, qui capitali affecti ſunt ſupplicio, petentibus cognatis ad ſepulturam, à magiſtratu non denegentur, adeoque, in pœnam, inhumati non relinquuntur *l. 1. ff. eod. ti.* cur tam graui pœna deportati & relegati, poſt mortem etiam afficerentur?

Rectius itaq; diſtingui exiſtimo inter pœnam irrogatam & irrogandam, vt hæc quidem morte delinquentis extinguatur: vel potius irrogari impediatur: illa vero non item. Atque de pœna deportationis, ſemel irrogata, quod etiam poſt mortem duret, ſcripta eſt *l. 2. ff. de bonis eor. qui ante ſententiam.* Ita vt qui in perpetuum in inſulam deportatus eſt, mortuus etiam extra illam inſulam incõſulto principe ſepeliri non poſſit. Quod ad crimen læſæ maieſtatis attinet, multa in eo ſpecialiter recepta ſunt, ob atrocitatem ipſius, quæ ad conſequentiam produci non debent nec

Digitized by Google

poſſunt, vt ex *l. quiſquis c. ad l. Iul. Maieſt.* perſpicuum eſt.

Que. 29 *An poteſtas ferendi legẽ ſit meri imperij?*

De iure & poteſtate ferendi leges, valde dubitatur, anne Imperij meri ſit, an vero ad regalia referri debeat?

Equidem Bartolus, & qui ipſum ſecuti ſunt, ſtatuunt, poteſtatem condẽdi legem meri Imperij partem eſſe, atq; ad ſupremũ eius gradum referri oportere: ſed pleriq; è Neotericis hanc Bartoli opinionem reijciunt, Iohan. Coraſius *de art. iur. c. 15.* & in *l. 3. n. 19. & 32. ff. de Iuriſd.* Vaconius à Vacuna *6. declarat. 2. n. 2.* Longouall. *de Iuriſd. par. 3. c. 7. n. 27.* Fachin. *9. Controu. 94. in fine* Obrecht *de Iuriſd. c. 7. n. 33.* Matth. Stephani *de Iuriſd. lib. 1. c. 7. n. 8.* Henric. Bocer. *de Iuriſd. c. 5. n. 7.* qui vnanimiter ſtatuunt, poteſtatem condendi legem vniuerſalem, ad merum Imperium nec poſſe, nec debere referri; idque ob ſequentes rationes.

1. Merum Imperium conſiſtit in animaduerſione in facineroſos *l. 3. ff. de Iuriſd. l. 6. pr. ff. de offic. proconſ. l. nemo ff. de reg. iur.* at princeps legem ſanciendo, nec animaduertit in facineroſos, nec ius in foro dicit: proinde legis condendæ poteſtas eſt neq; imperij meri, neq; Iuriſdictionis criminalis, ſed de reſeruatis principis atq; è numero maiorum regalium arg. *l. 1. ff. de conſti. pr.*

Si leges, mero Imperio ſuperiores & anteriores ſunt, vtiq; non erunt Imperij meri: atqui verum eſt prius, quia pœnę ex præſcripto legum in ijs delictis infliguntur, quæ pœnas definitas habent, alijs vero extra ordinem pro arbitrio incutiuntur. Proinde legis condendę poteſtas non erit referenda ad merum Imperium, ſed ad poteſtatem principis, quæ & prior & maior eſt mero Imperio.

3. Accedit quod non omnes, qui poteſtatem habuerunt condendi legem, habuerint etiam merum Imperium: cui cõſequens eſt, poteſtatem condendi legem vniuerſalem non eſſe Imperij meri: antecedẽs probatur exinde, quod olim in Repub. Romana Ædiles Curules edicta propoſuerint, q̃ vim legis vniuerſalis habuerũt, nec tñ illis Imperiũ merũ cõpetierit.

Deniq; vel ideo Bartoli opinio recipi non poteſt, quia nullo plane iuris fundamento nititur: nuſpiam enim in toto iure noſtro proditum eſt, legis condendæ poteſtatem eſſe Imperij meri, nec vlla, ẽt minima ratione id comprobatur, qua ꝑinde facilitate adſtruitur, eadẽ rurſus reiicitur.

Cum autem merum imperium omne in pœnarum irrogatione conſiſtat *l. 3. ff. de Iuriſd. l. 6. pr. ff. de offic. proconſ. l. nemo 7. de reg. iur.* proinde, vt certi pœnarum gradus, ſeu claſſes in iure conſtituuntur, ita etiã meri imperii certos gradus cõſtitui, conſequẽs eſt. Etſi autẽ circa definitionem graduum admodum varient Interpp. & aliqui, Bartolum ſecuti, octo, alij ſex, quidã quinq;, nõnulli ſ quatuor ſtatuant. Illis tamẽ ſubſcribere nõ dubito, qui tres duntaxat gradus faciunt, ſic Zaſius in *l. 3. ff. de Iuriſd.* Obrecht. *in d. tract. de Iuriſd. & Imperio c. 7.* Scipio Gentil. *lib. 3. de Iuriſd. c. 6. & ſeq.* Matth. Stephani *lib. 1. de Iuriſd. c. 7. & ſeq.* & plerique è recentioribus. Lit. C.

In primo autem gradu recte conſtituuntur illæ pœnæ, quibus vita naturalis tollitur, & vltimi ſupplicii appellatione deſignantur.

Secundus eas continet pœnas, quæ ꝓximæ ſunt morti, & caput ciuile, libertatẽ ſcilicet aut ciuitatem adimunt.

Tertius vero & infimus, eas pœnas cõplectitur, quæ caput naturale, vel ciuile non tollunt; ſed vel ad corporis coercitionem, vel ad exilium, vel ad infamiam, vel damnum pecuniarium ſpectant.

Atque hanc graduum meri Imperii diſtributionem, iuri conſonam eſſe, probatur primo textu expreſſo *tit. 17. lib. 5. ſenten. Pauli*, vbi Ictus ita ſcribit: *ſumma ſupplicia ſunt Crux, crematio, decollatio: mediocrium autem delictorum pœnæ ſunt metallum, ludus deportatio: minimæ relegatio, exilium, opus publicum, Vincula.*

2. Deinde idcirco quoq; diſtributio iſthæc

hęc retinenda videtur, quia generi pœnarum quam optime congruit, ad tria enim genera pœnarum omnes pœnas commodiſſime referri poſſe, ex prædictis patet.

Nec huic ſententiæ obloquitur *l. 6 §. fin. & l. 7. & 8. ff. de pœn.* vbi Icti Vlpianus & Calliſtratus in hæc verba ſcribunt: *nunc genera pœnarum nobis enumeranda ſunt, quibus præſides adficere quemque poſſint: & ſunt pœnæ quæ aut vitam adimant, aut ſeruitutem iniungant, aut ciuitatem auferant, aut exilium, aut coercitionem corporis contineant; veluti fuſtium admonitio, flagellorum caſtigatio, vinculorum verberatio: aut damnum cum infamia, aut dignitatis aliquam depoſitionem, aut alicuius actus prohibitionem*, ecce hoc loco octo referuntur pęnarum genera: quo ipſo Bartoli ſententia ſtabiliri videtur, octo ſcilicet meri Imperii eſſe gradus: ſed hoc vt dixi, noſtrę opinioni nil quicquam aduerſatur: nec enim inficiamur, quin octo vel plures etiam gradus pœnarum merique Imperii conſtitui poſſint, ſed ad pauciores & tres ſolum gradus eos reuocari commode poſſe contendimus; id quod etiam ipſe Calliſtratus luculenter docuit in *l. Capitalium 28. princ. ff. de pœn.* quod autem per pauca fieri poteſt, id non debet fieri per plura.

Similiter non refragatur *d. l. Capitalium* 28. vbi quatuor gradus pœnarum facere videtur Calliſtratus, dum ita ſcribit: capitalium pœnarum fere iſti gradus ſunt: ſummum ſupplicium eſſe videtur ad furcam damnatio, item viui crematio; quod quamquam ſummi ſupplicii appellatione merito contineretur, tamen eo, quod poſtea id genus pœnæ adinuentum eſt, poſterius primo viſum eſt, item capitis amputatio. Deinde proxima morti pœna metalli coercitio, poſt deinde in inſulam deportatio. Cæteræ pœnæ ad exiſtimationem non ad capitis periculum pertinent &c. Quibus verbis videtur Ictus quatuor gradus pœnarum conſtituiſſe, ita vt primus atque ſupremus vltimum contineat ſupplicium; ſecundus pœnas, quæ caput ciuile, hoc eſt libertatem adimunt, qualis eſt damnatio in metallum. Tertius eas complectatur pœnas, quæ ciuitatis ius adimunt: & quartus atq; poſtremus eas pœnas, quę ad capitis periculum non pertinent.

Reſpon. Sed hoc nobis non reſiſtit: ſi enim hoc Calliſtrati reſponſum accuratius conſiderauerimus, manifeſte deprehendemus, id nobis non tam refragari, quam patrocinari. Nam in *verſ. poſt deinde.* non nouus & à proximo diſtinctus gradus, vt vulgo ſibi perſuadent, proponitur, ſed exemplum duntaxat gradus pręcedentis, illius ſcilicet, qui pœnas, vltimo ſupplicio proximas, continet. Idque hinc colligitur, quod deportatio ſit pœna morti proxima, quoniam per eam deportatus è numero ciuium Romanorum tollitur, non alter, atq; morte naturali. *§. 1. Inſt. quib. mod. patr. pot. toll.* vnde etiam deportatus ciuiliter mortuus dicitur. Vt ita Calliſtratus tres ſolum faciat pœnarum gradus, ac medii duo exempla proponat, damnationem in metallum & deportationem.

Ad primum gradum meri Imperij refertur vltimum ſupplicium, quo vita & caput naturale adimitur, *d. l. 28. in pr. ff. de pœn. l. 103. de V. ſignif.* *Lit. D.*

Ad illud vero refertur damnatio ad beſtias, qua quis aut beſtiis dilaniādus obiicitur, vel cum illis certare cogitur, cuius pœnæ atrociſſimæ mentio fit in iure noſtro vt in *l. 29. ff. de pœn. l. pen. ff. ad L. Pompeiam de parricid.*

Cæterum hoc genus pœnæ hodie in deſuetudinem abiit, nec amplius frequētari ſolet, ſed, vt vulgo putatur, in locū eius decapitatio, hoc eſt capitis amputatio eſt introducta.

Secundum gradum meri Imperii dixi ad eas ſpectare pœnas, quæ morti ſunt ꝓximæ, & caput ciuile tollūt; hoc eſt, libertatem vel ciuitatem adimunt, quoniā his, qui priuatur, quaſi mortuus è numero *Lit. E.*

ciuium

Digitized by Google

ciuiumRomanorum tollitur.§.1.*Inſt.quib. mod.ius patr. pot.toll.*

Talis pœna, vtrum ſit DEPORTATIO, quæritur, & quidem videtur prima fronte dicendum, deportationem maximæ capitis diminutionis eſſe ſpeciem, ſic vt ea non ciuitas ſolum, ſed libertas etiam adimatur.

Quę.30 *An deportatio ſit ſpeciesmaxima capitis diminutionis?*

1. Sic enim ICtus Calliſtratus in *l.5.ff. de extraordin. cognit. conſumitur*, inquit, *exiſtimatio quotiens magna capitis diminutio interuenit, id eſt, cum libertas adimitur: veluti aqua & igni interdicitur, quæ in perſona deportatorum venit, vel cum plebeius in opus metalli & in metallum datur.* Quibus è verbis duplex argumentum petitur: Calliſtratus enim deportationem ad magnam, ſiue maximam capitis diminutionem atq; ad eandem, ad quam & damnationem in metallum, refert, quæ maxima eſt, §.1.*Inſtit.de cap.dimin.* Atqui maxima capitis diminutione libertas tollitur & ciuitas *d.§.1.* Igitur & deportatione: ſecundo magnã definit capitis diminutionem, qua libertas adimitur, eiuſq; exemplũ ſtatim & incontinenti ſubijcit aquæ & ignis interdictionem, quę in perſona deportatorum veniat: ex quo neceſſario ſequitur deportatione quoq; libertatem tolli.

2. Accedere huic videtur & Modeſtinus in *l.4.§.fin.ff.de gradibus & adfinibus.* in qua ita ſcribit: is cui aqua & igni interdictum eſt, aut aliquo modo capite minutus, vt libertatem & ciuitatem amitteret & adfinitates & cognationes omnes, quas antea habuit, amittit. Vult proinde Modeſtinus aquæ & ignis interdictione, quę in perſona deportatorum accidit, *d.l.5.* libertatem ſimul & ciuitatem amitti.

3. Confirmat deniq; & hanc ſententiam non parum, quod deportati, perinde vt ſerui, pro mortuis habeãtur *l.ſi ita.ff.quan. dies legat.l.1.§.vltim.ff.de bonor.poſſ.contr.tab. l.4.§.penult.ff.de bonis libert.* Cui videtur eſſe conſequens, deportationem non mediam, ſed maximam eſſe capitis diminutionem, eamq, non ciuitatem duntaxat, ſed libertatem quoq; tollere.

Sed his nihil moti, conſtanter ſtatuendum videtur, deportationem non eſſe capitis diminutionis maximæ ſpeciem, nec libertatem adimere.

1. Probat hoc imprimis Iuſtiniani teſtimonium in §.*Minor.2.Inſtit de cap.diminut.* quo in loco ita ſcribit: *minor, ſiue media capitis diminutio eſt, cum ciuitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aquæ & igni interdictum eſt vel ei, qui in inſulam deportatur.*

2. Et Paulus in *l.5.princ.ff.eod.tit.de cap. diminut. Amiſſione ciuitatis fit capitis diminutio, vt in aqua & igni interdictione.* Aquæ & ignis vero interdictioni deportatio ſucceſſit, ideo & hæc, ius ciuitatis ſolum perimit, ſalua manente libertate.

Non refragatur huic adducta *lex 5.§. conſumitur.ff.de extraord. cognit.* nam illic ſub magna capitis diminutione & maxima & media comprehenditur *l.1.§.ſi filius ff.de ſuis & legitim.* & aquæ & ignis interdictio mediam reſpicit capitis diminutionem: damnatio vero in metallum, ſeu opus metalli reſpicit maximam capitis diminutionem: textus quippe obſcurus, ſecundum qualitatem & habilitatem ſubiecti intelligendus eſt, & talia debent eſſe prædicata, qualia permittuntur eſſe à ſuis ſubiectis; Sic etiam nec alterum illud refragatur, quod ſecundum Calliſtratum, aquæ & ignis interdictio, ſiue deportatió libertatem tollit & ciuitatem: libertas enim duplex eſt, vna iure naturali cõpetẽs, quã omnes omnino habent homines natura: altera competẽs iure Quiritiũ, quæ non omnibus gẽtibus eſt communis, ſed ciuium Romanorum propria: hinc iuſtã & plenam libertatem conſequi dicebantur, qui manumiſſi fiebant ciues Romani §.*fin.Inſt.de libert.* hinc Cicero in orat.pro Cæcinna, *Qui*, ait, *poteſt iure Quiritium liber eſſe is, qui in numero Quiritiũ non eſt?* Et hinc aperte

Digitized by Google

apertè Seneca eam libertatem, quæ ex iure naturæ eſt, diſtinxit ab ea, quæ ex iure Quiritium deſcendit *lib. 3. Nat. quæſt. his verb. Quid eſt præcipuum? imprimis liberum animum habere, hæc res efficit, non è iure Quiritium vt ſit liber, ſed ex iure naturæ*: cum itaque ſic duplex ſit libertas, Naturalis & Ciuilis, ſiue Romana; quarum illa quidem eſt naturalis facultas faciendi, quod cuiuis homini licet: hæc vero facultas faciendi ſolum ea, quæ facere licet ciuibus Romanis; vt iuſtum facere & ſolemne teſtamentum §.3. *Inſtitut. de teſtam. ord.* iuſtas contrahere nuptias, *prin. Inſt. de Nupt.* idcirco nomine libertatis Calliſtratus vtrumq; complexus eſt, ita vt interdictione aquæ & ignis, quæ mediam reſpicit capitis diminutionem, ciuitas Romana, & per conſequens libertas, iure ciuitatis Romanæ competens, adimatur: dãnatione autẽ in metallum, ſeu opus metalli, quæ vt dixi, maximã reſpicit capitis diminutionem, non ſolum ciuilis & Romana, ſed Naturalis etiam libertas tollatur.

Diſplicet quidem Reuardo hęc conciliatio, propterea quod inde ſequeretur maxima capitis diminutione tolli ciuilem duntaxat, non etiam libertatem naturalẽ: quandoquidem vnam intellexerit Calliſtratus libertatem, atq; illam eandem, quã ſerui pœnæ adimit, deportatis quoq; adimere videatur.

Reſp. Verum comparantur quidem ac conferuntur inuicem damnatio in metallum & deportatio in *d. l. 5.* quoad libertatem in genere, ſed non quoad ſpeciem libertatis; ſic vt deportatione quidem æq; tollatur libertas, atq; damnatione in metallum; ſed non eadem libertas in ſpecie. Et ita malim cum Duareno, Vulteio, Goueano & Cuiacio reſpondere, quam cum Reuardo & alijs *d. l. 5.* textum emendare.

Non obſtat porro *l. 4. §. fin. de gradib. & affinib.* nam ibi aquæ & ignis interdictio confertur cum maxima capitis diminutione, qua & libertas & ciuitas adimitur, in eo ſolum, quod tam hac, quam illa & affinitates tollantur & cognationes: nec ſub capitis iſta diminutione, qua & libertas adimatur & ciuitas, voluit Modeſtinus aquæ & ignis interdictionem comprehendere, cum hanc ab illa apertè diſtinxerit, vt probat particula *Aut* disiunctiua.

Non denique refragatur, quod deportati, perinde vt ſerui, pro mortuis habeantur: non enim ſimpliciter mortuis comparantur ac mortuorum loco habentur deportati, vt ſatis oſtendit *l. 17. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell. l. 13 §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. 59. §. 1. ff. de condit. & demonſtr.* deinde licet deportati conueniant in quibuſdam cum ſeruis, exinde tamen non ſequitur deportatos eſſe ſeruos, conueniunt in eo deportati cum ſeruis, quod ſicut ſerui amittunt ea, quæ iuris ſunt Quiritium *l. 32. de reg. iur.* ita quoque deportati eadem perdant, ac proinde ratione horum, non minus, ac ſerui, pro mortuis habeantur: ex eo tamen male infertur deportationem eſſe maximam capitis diminutionem & naturalem libertatem tollere; cum ius ciuitatis, & quæ exinde dependent, non minus media, quam maxima capitis diminutione amittantur. *§. minor. Inſtit. de capit. diminut.*

Refertur inſuper ad hunc ſecundum meri Imperij gradum pœna perpetui carceris, per textum in *cap. quamuis de pœnis in ſext.* vbi Bonifacius Octauus Pontifex ita ſcribit: *Quamuis ad reorum cuſtodiam, non ad pœnam, carcer deputatus eſſe noſcatur, nos tamen non improbamus ſeu conuictos (eorum exceſſibus & perſonis, cæteriſque circumſtantijs prouida deliberatione penſatis) in perpetuum vel ad tempus, prout videris expedire, carceri mancipes ad pœnitentiam peragendam.* *Lit. F. Quæſ. 31 An Carcer perpetuus ad ſecundum gradum meri imperij referri debeat?*

Ex quo textu Autor noſter euincere conatur, pœnam carceris perpetui ad prædictum meri Imperij gradum ſecundum refer-

referri oportere, cui addi poteſt & hæc ratio, quod carcer, maxime perpetuus, nõ multum à ſpecie ſeruitutis differat, teſte Venuleio Icto in *l.2.ff.de homin.libero exhib.* quo circa capitis diminutionem mediam qua libertas tollitur, & ſeruitus inducitur paſſus cenſetur, qui ad perpetuos carceres damnatus eſt.

Cæterum, & ſi carcer hodie grauiſſimis annumeretur pœnis, ex *d.c. quamuis. & l.2.C.de exactorib.tribut.& l.3.ff.de cuſtod. & exhib.reor.* (licet olim iure ciuili carceres non ad puniendos, ſed ad retinendos & cuſtodiendos facineroſos, comparati fuerint *l.28.§.3.ff.de pœn.*) tamen carceris pœnam ad medium pœnarum gradum referendam eſſe, nego & pernego.

Propterea quod huius generis pœnæ caput ciuile, id eſt, libertatem & ciuitatem, adimunt; at carceris pœnam libertatem aut ciuitatem tollere, nuſpiam eſt proditum; & contrarium ex eo relucet, quod in carcere detenti teſtes eſſe poſſint, teſtamenta condere valeant, omniaque facere queant, quæ facere liberis hominibus permittitur, queq; illis denegantur, qui mediam capitis diminutionem paſſi ſunt.

Nec ad rem facit quicquam adductum *cap.quamuis*, vt quod hoc ſolummodo demonſtret, quod carcer hodie ſit pœna; non autem quod talis ſit pœna, quę libertatem, vel ciuitatem adimat.

Sic etiam ſecundum argumentum, ex *d.l.2.de homin. liber. exhib.* petitum, parum Autoris ſententiam probat: non enim ibi dicitur, carcerem perpetuum ſpeciem eſſe ſeruitutis, ſed quod cum ſeruitute duntaxat confertur in eo, quod ſicut ſeruus non poteſt, inuito ſuo domino à loco in quem conſtituitur, ſeſe mouere, ita quoq; qui perpetuo carceri addictus eſt, committitur proinde Elenchus comparationis.

Queſ.32 *An mẽbri* Inſuper quæri & controuerti ſolet de membri mutilatione vel amputatione, ad quemnam meri Imperij gradum referri debeat, vtrum ad ſupremum, an ad medium, an vero ad infimum? *mutilatio fit referẽda ad ſupremum gradũ meri imperij*

Et quod abſciſſio & amputatio membri ſit pœna capitalis, atque ad ſupremum gradum ſpectat, tenent Bartolus, Aretinus & Imola in *l qui manus.10. ff.qui teſtament. fac. poſſ.* Obrecht. *de Iuriſdict. cap. 7. numero ſexto.* Andr. Alciatus & Petrus Gilcken. in *l. 18. Cod. de tranſact.* Rationes vero, quibus mouentur, hæ ſunt.

1. *Etſi*, inquiunt, *mutilatione & abſciſſione membri mors non inferatur principaliter: plerunq; tamen accidit, vt hanc mutilationem mors inſequatur:* at in legibus, ſpectari debet id quod vt plurimum accidit.

2. In *cap.vnic.§.ſi quis alium. de pace tenend.in vſib.feud.* dicitur eum, qui alterum interfecerit, poſt pacem conſtitutam, ſententia capitali puniendum eſſe: ſubiungit deinde Imperator: *Si quis vero alium poſt pacis edictum vulnerauerit, manus ei amputetur, & vt ſuperius dictum eſt, iudicetur:* Vnde colligitur, cum ſuperius pœnę capitalis mentio facta ſit, neceſſum eſſe concedere, manus amputationem capitalem quoq, pœnam eſſe.

3. In *Nouell.128.cap.20. in verb citra tamen vltimum ſupplicium & membri amputationem*, coniungitur membri amputatio cum nouiſſimo, ſeu vltimo ſupplicio: proinde eam vltimi ſupplicij ſpeciem eſſe, dicendum videtur.

4. Membrum abſciſſum moritur, adeoque fit ſeparatio animæ & illius corporis, puta manus, vel pedis, amputati: cum enim anima tota ſit in qualibet corporis parte, ſecundum Philoſophum Ariſtotelem *lib.2.de anima.* ſequitur membri abſciſſionem eſſe pœnam capitalem, ſeu ſpeciem vltimi ſupplicij, vt quæ animam à corpore ſeparet.

5. Deniq; membri mutilationem eſſe pœnam capitalem, ſpeciemq; vltimi ſupplicij, probari videtur per *l.Imperator.ff.de ſtatu*

Digitized by Google

ſtatu homin. vbi Bartolus notat, quod quẽadmodum mulier prægnans morte, ob facinus admiſſum, mulctanda cuſtodiri debet, donec fœtum ediderit, itaq; ei mẽbrum abſcindi, aut mutilari non debeat, donec pepererit. Quapꝑter à pari procedunt membri amputatio & vltimum ſupplicium. Sed contrariam ſententiam amplectuntur Matth. Stephan. *de Iuriſd. lib. 1. c. 10. n. 20.* Henricus Bocer. *de Iuriſd. c. 5. nu. 11.* Martinus Del-Rio *in L. 18. C. de tranſact.* idemque Donell. *num. 10.* Goëdd. *de contrahend. & committ. ſtipulat. c. 12. num. 134. & ſeqq.*

1. Illæ demum pœnæ capitales dicendę ſunt, quæ caput ciuile adimunt, vel naturale: atqui membri abſciſſio & mutilatio neutrum horum tollit; non caput naturale, quia per ſe atq; ea, qua oportet moderatione, irrogata, mortẽ naturalẽ membri abſciſſio non adfert, prout experientia luculenter teſtatur: nec caput ciuile adimit, cum taliter mẽbro mutilatus nec libertatem amittat, nec ciuitatem.

2. Hinc etiam pœna mutilationis & abſciſſionis membri nullibi capitalibus accenſetur pœnis, ſed potius illis in locis, in quibus capitales pœnæ recenſentur, ſemꝑ omiſſa reperitur, prout relucet ex *L. 2. ff. de public. iudic.* §. *2. l. eod.*

3. Id quod hac quoq; ratione manifeſtum redditur, quod is, cui manus amputata, vel aliud aliquod membrũ abſciſſum eſt, teſtamentum facere poſſit, ſic vt hoc poſterius teſtamentum prius, quod ante abſciſſionem membri fecit, rumpat *L. 6. §. Irritũ. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* atqui teſtamentum facere non poteſt; qui ad vltimum ſupplicium damnatus eſt *L. 8. §. fin. ff. qui teſta. fac. poſſ.* vt nec is, qui maximam aut mediam capitis diminutionem paſſus libertatem aut ciuitatem amiſit *d. l. 8. §. 1.* Quocirca membri mutilatio non erit referenda ad vltimũ ſupplicium primumq; merí imperij gradum. Videndum quid ad contraria reſponderi debeat.

Ad primũ reſpondetur, non plerumque ſed rariſſime, & quidem non per ſe, ſed ex accidenti abſciſſionẽ membri mortem inſequi naturalem, prout experientia ſatis abundeque teſtatur.

Ad ſecundũ reſpondeo, conſequentiam negando: non enim ex *d. §. ſi quis alium.* colligi poteſt, membri abſciſſionem eſſe pœnam capitalem, ſed contrarium potius exinde manifeſtiſſime ſequitur: opponitur quippe ſententiæ capitali mẽbri abſciſſio, tanquã leuior ac mitior pœna, ita, vt ſi quis alium non occiderit, ſed vulnerarit duntaxat, hæc irrogari debeat: verba autem iſta: *& vt ſuperius dictum eſt indicetur, ad verſ. ſi vero violator pacis.* referri debent, cum enim ibi dictum eſſet, ſi violator pacis à facie iudicis aufugerit bona eius publicari. Vult Imperator etiam eum qui poſt pacis edictum alterum vulnerauerit, præter manus amputationem, publicatione bonorum mulctari.

Ad tertium Reſpondeo, non omnia quę ſermone ac diſpoſitione copulantur, ſtatim eſſe idem, vel genere, vel ſpecie. Deinde non æquiparantur in *d. Nouell. 128 cap. 20.* vltimum ſupplicium & mutilatio membri, ſed quoad prohibitionem duntaxat iſtam, qua illic iudices prouinciarũ prohibentur merũ Imperium mandare, comparantur: deniq; oſtẽdit hic ipſe textus, quod membri mutilatio non ſit vltimum ſupplicium; tum quia ab vltimo ſupplicio aperte diſtinguitur, eidemq; opponitur: tum etiam quia innuit, minus eſſe membrum abſcindi, quam mortis pœnã irrogari: hæc ſiquidem vt diuerſa ponuntur & argumẽtatiue de mẽbri abſciſſione loquitur Imperator, quaſi dicat iudices nõ poſſe non modo vltimũ ſupplicium mandare, verũ etiam nec membri abſciſſionẽ.

Ad quartũ reſp. Membrum, à corpore abſciſſum, improprie mori dicitur, cum reuera non fiat animæ & corporis ſeparatio, ſed membri potius ſubductio & detractio, ſiquidem nequit per partes extin-

Digitized by Google

gui, aut per partes à corpore ſeparari anima: ad hæc, quamuis membrum abſciſſum moreretur: homo tamen propterea non moritur: mors autem proprie dicitur ſeparatio totius animæ à corpore toto.

Ad quintum reſpon. in argumento ex *d. l. Imperator.* deducto, committi fallaciam à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter. Ibi enim membri mutilatio & vltimum ſupplicium hactenus ſolum comparantur, quod ſicut hoc irrogari grauidæ non poteſt, ne fœtus innocens, ob matris delictum opprimatur, ſed differendum eſt, vſque dum partus fuerit editus: ita quoque mutilatio membri non poſſit grauidæ irrogari, quia perfacile fieri poſſet, vt præ dolore abortum faceret.

Lit. G. Poſtremum gradum meri Imperij ad eas diximus ſpectare pœnas, quæ neque naturale neque ciuile caput tollunt, ſed corporis duntaxat coercitionem & infamiam irrogant. Vnde hæ pœnæ capitales non dicuntur; *l. 2. ff. de publ. iudic.* licet extra vſum iuris quandoque & ipſæ capitales dicantur. *l. 103. de verb. ſignific.*

Lit. H. Hinc cum pœna fuſtigationis capitalis non ſit, de ea tranſigi non poſſe certi & expediti eſt iuris; quandoquidem regulare eſt, vt de criminibus non-capitalibus impune non tranſigatur *l. 18. C. de tranſact.* & dicetur infra in *diſputat. 7. theſ. 5.*

Quæſt. 33. *An pœnæ infamiæ ſint ad ſupremum gradũ meri imperij referẽdæ?*

De pœnis infamiæ, vtrumne ad ſupremum meri Imperij gradum referri debeant, fortaſſis nõ ſine cauſa dubitatur, quia ſcriptum eſt in *l. 9. ff. de manumiſſ. vindict.* vitam & famam pari paſſu ambulare, & homini vitam non magis charam eſſe debere, quam famam & exiſtimationem. Ex quo dicendum videtur non minus atrocem eſſe pœnam infamiæ, atq; vltimum ſupplicium.

Veruntamen hac ratione dubitandi non obſtante, conſtituit ICtus, infamiæ pœnam in vltimo gradu meri Imperij, eamque leuioribus annumerat pœnis: idemque facit Iuſtinianus in §. 2. *Inſtit. de public. iudic.*

Nec obſtat ratio ex *d. l. 9.* adducta: nam, etſi fama & vita hactenus comparentur, vt homini bono & honeſto, non minus chara debeat eſſe fama, atque vita: quoad priuationem tamen vtriuſque, quæ homini facineroſo accedit, nulla eſt illarum comparatio.

Quæſt. 34. *Ad quem gradũ debeat referri relegatio?*

Poſtremo de relegatione, ad quemnam ex prædictis gradibus meri Imperij referenda ſit, dubitatur? Verius tamen eſt, quod non ſit capitalis pœna, & ideo nec ad primum, nec ad ſecundum, ſed ad infimum gradum referri debeat, hoc primo probatur ex *l. Capitalium 28. §. 1. ff. de pœn.* in qua pœna relegationis ad infimum gradum meri imperij refertur, ad eum, inquam, pœnarum gradum, qui pœnas continet non capitales, & illas, quæ ad exiſtimationem ſolum hominis, non ad capitis periculum pertinent. *Cetera,* inquit Calliſtratus, *pœnæ,* ad exiſtimationem, non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum &c.

2. Idemque confirmat *l. 2. ff. de public. iudic.* in qua Paulus; *publicorum iudiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia; Capitalia ſunt, ex quibus pœna mors, & exiliũ eſt, hoc eſt, aqua & ignis interdictio: per has enim pœnas eximitur caput de ciuitate: nam cætera non exilia, ſed relegationes, ꝓprie dicuntur.* Ecce hic aperte relegatio diſcernitur à pœna capitali, eidemq; opponitur.

3. Et hoc ipſum clarius adhuc exprimitur in *l. edicto 13. ff. de bon. poſſeſſ.* vbi Africanus: *edicto prætoris bonorum poſſeſſio his denegatur, qui rei capitalis damnati ſunt, neq; in integrum reſtituti ſunt. Rei autem capitalis damnatus intelligitur is, cui pœna mors aut aqua & ignis interdictio ſit. Cum autem in relegatione quis erit, ad bonorum poſſeſſionem ad-*

admittitur. Vnde pluſquam manifeſte relucet, relegationem non eſſe pœnam capitalem.

4. Præterea capitalis pœna ea dicitur, qua eximitur caput de ciuitate, definiente Paulo in *l.2.ff.de public.iudic.* atqui per relegationem non eximitur caput de ciuitate, ſiquidè alias per eam patria poteſtas, quæ ciuium Romanorum propria eſt, tolleretur ac finiretur, contra quam Iuſtinianus conſtituit in §. *Relegati quibus mod. ius patr. pot. ſolu.*

His non obſtat quod adulterij pœna ſit capitalis *l.18.C.de tranſact.* pœna autem adulterij ſit relegatio *l. Claudius 13. ff. de his quæ vt indign. l.11.ff.ad L.Iul.de adult.* Proinde relegatio pœna capitalis ſit dicenda.

Reſpond. Præterquam enim quod ex adductis legibus non probatur, pœnam adulterij relegationem fuiſſe, ſatis perſpicue teſtatur Iuſtinianus, adulterij pœnam ex *lege Iulia de adult.* vltimum fuiſſe ſupplicium, ſic enim in §. 4. *Inſtitut. de public.iudic. Item lex Iulia de adult. coercendis quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit*, &c. Et Diuus Conſtantinus in *l. 30. C.de L. Iul.de adult. Sacrilegos*, inquit, *nuptiarum gladio puniri oportet*; atque hanc pœnam irrogari iubet Iuſtinianus in *Nouell. 134. cap. 10.* quod autem quibuſdam legibus mitior pœna adulteris irrogata legitur, ad id alibi reſpondi; Ex lege Iulia pœnam adulterij capitalem quidem fuiſſe *d.* §. 4. ſed progreſſu temporis, conniuentibus Imperatoribus, pœnam iſtam in deſuetudinem abiiſſe, ac mitiorem, loco eius, irrogatam fuiſſe. Poſtremo vero à Conſtantino legis Iuliæ pœnam capitalem, in vſum reuocatam *d. l. 30* & à Iuſtiniano confirmatam eſſe *Nouell. 134. cap.10.* vt proinde adulterij, quo tempore capitale fuit, pœna non relegatio, ſed vltimum fuerit ſupplicium.

Sic etiam non obſtat *lege 103. de V. S.* in qua ita Modeſtinus: *licet capitalis latine loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videtur, non tamen appellatio capitalis, mortis vel amiſſionis ciuitatis intelligenda eſt*; quaſi dicat Ictus. Non tamen ſola pœna appellatio capitalis eſt de morte, vel amiſſione ciuitatis, verum etiam de relegatione & pleriſque alijs intelligenda.

Reſp. Sed hoc, vt dixi, non obſtat: nam in pandectis Florentinis particula negatiua NON abeſt & textus affirmatiue legitur hoc modo: tamen appellatio capitalis mortis vel amiſſionis ciuitatis intelligenda eſt: quæ lectio noſtram ſententiam confirmat & idcirco retinenda eſt, quia textibus prope infinitis confirmatur, relegationem non eſſe pœnam capitalem, ſed à pœna capitali diſtingui atque eidem opponi, è quibus aliquot ſupra adduximus.

Denique obiiciunt diſſentiẽtes, quod relegationis pœna ad exiſtimationẽ pertineat eamque minuat *d. l. capitalium 28. ff. de pœn.* pœna autem, infamiam irrogantes, ſint capitales, propterea quod vita & fama pari paſſu ambulare dicantur & inuicem exæquentur *lege 9. ff. de manum. vindict. lege 8. ff. quod met. cauſa.* & quia exiſtimatio ad ſtatum & caput referatur *lege penultim. ff. de varijs & extraord. cognit.* proinde relegatio quoque pœna capitalis dici debeat.

Reſp. Verum hoc argumentum exequi eſt ponderis: quod enim pœna infamiæ capitalis non ſit, probat expreſſe *d. l. Capitalium 28.* §. 1. *ff. de pœn.* & inſuper hinc conſtat, quod qui capitali afficitur pœna, & numero ciuium Romanorum tollitur *d. l. 2. ff. de public. iudic.* At qui infamiæ pœnam & iacturam patitur, è numero ciuium Romanorum non tollitur, nec ob id ius ciuitatis amittit *lege 3. ff. de Senator.* §. *quib. autem. Inſtit. de cap. dimin.*

Quod autem dicitur, vitam & famam æquiparari & pari paſſu ambulare, id ſane, ita generaliter dictum, verum non eſt

& contrarium perſpicue euincit *d. l. Capitalium 28 pr. & §. 1. ff. de pœn.* vbi in ſupremo pœnarum gradu vltimum conſtituitur ſupplicium, in infimo vero gradu pœna infamiæ Igitur pertritum illud iuris axioma, ***Vita & fama pari paſſu ambulant***, certis ſolum caſibus verum eſt, in illis ſcilicet, quibus eadem eſt famæ & vitæ ratio, vt quoad metum iuſtum inducendum, non ad pœnam. Deinde hactenus verum eſt, vt viro honeſto, atque cordato non minus chara debeat eſſe fama, atque vita ſua. Ad ſtatum vero exiſtimatio non refertur, niſi in generali ſtatus ſignificatione, prout ſatis arguit *d. l. 3. de Senator.* & ad *d. §. quibus autem.* At capitales illæ demum pœnæ dicuntur, quæ ſtatum hominis, qui in libertate & ciuitate cōſiſtit, tollunt: ſic enim Vlpianus in *l. 10. ff. de iure patronatus*: rei capitalis damnatum ſic accipere debemus ex qua cauſa damnato vel mors; vel etiam ciuitatis amiſſio, vel ſeruitus contingit.

Præterea non reſiſtit *l. hos accuſare. §. omnibus. ff. de accuſationibus*, vbi Vulteius, declarans quænam ſint pœnæ illæ, quæ in ſeruos cadere non poſſunt, ſic ſcribit: *Omnibus autem legibus ſerui rei fiunt, excepta lege Iulia de vi priuata, quia ex lege damnati partis tertiæ bonorum publicatione puniuntur, quæ pœna in ſeruos non cadit; idemque dicendum eſt in cæteris legibus, quibus pecuniaria pœna irrogatur, vel etiam capitis, quæ ſeruorum pœnis non conuenit, ſicut relegatio.* E quibus poſtremis verbis colligendum videtur, quod relegatio ſit pœna capitalis, vtpote quæ pœnis capitalibus cōparetur in eo, quod ſicut illæ ſeruo irrogari nequeunt, ita quoque nec hęc ſeruo applicari valeat.

Reſpondet Muſcornius quando Ictus in *d. l. hos accuſare §. omnibus.* dixit, capitis pœnam, nimirum relegationem ſeruis non competere, cum non de pœna capitali, ſed de capitis diminutione procul dubio ſentire, quæ quidem ad ſeruos referri non poſſit, quia nullum ius nullamque exiſtimationem ſerui habere videantur, quamuis pœna relegationis ſeruis improprie conueniat.

Sed reſponſio hæc valde inepta mihi videtur: quod enim per pœnam capitis, capitalem intelligat pœnam, ex textu ipſo pluſquam manifeſtū eſt: deinde ſi per pœnam capitis intelligit Ictus capitis diminutionem: tum aut maximam intelligit, aut mediam; nam minima ad coercitionem facineroſorum non pertinet: atqui maxima & media capitis diminutiones ſunt capitales pœnæ *§. 1. & 2. Inſti. de capit. dimin. iunct. l. 2. de public. iudic.* Proinde intelligit Ictus in *d. §. omnibus.* per pœnā capitis, capitalem pœnā. Deniq; ex Muſcornij hac interpretatione ſequitur hoc abſurdum longe abſurdiſſimum, quod relegatio ſit capitis diminutio, quod vix quiſquam hominum vnquam ſtatuit: ſi enim eſt capitis diminutio, tum erit, aut maxima eſt, aut media, aut minima: at nec maxima eſt, nec media, quia neque libertatem tollit, neque ciuitatem, quod certi & indubitati iuris eſt, & probat *lege 4. & lege 7. §. 3. ff. de interdict. & relegat.* neque etiam poteſt minima dici capitis diminutio, quoniam hæc familiam mutat *§. Relegati Inſt quib. mod ius patr. pot. ſolu. d. l. 4. de interd. & releg.*

Quocirca, his reſponſionibus & interpretationibus reiectis, ſic recte reſponderi exiſtimo, in *d. §. omnibus.* verba iſta: ſicut relegatio: cōparatiue eſſe accipienda, non exemplariter, quaſi dixiſſet Ictus; ***Non ſicut relegatio, ita etiam pœnas capitales ſeruis conuenire.*** Quæ reſponſio hac ratione iuuatur, quod & ſerui relegari poſſe dicuntur *l. 2. ff. qui & à quibus manum. & l. 2. C. de ſepulchro violato.*

Non obſtat etiam *l. 2. ff. de public. iudic.* vbi Paulus *publicorum*, inquit, *iudiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia: capitalia ſunt, ex quibus pœna, mors aut exilium eſt, hoc eſt, aquæ & ignis interdictio,*

per

per has enim pœnas eximitur caput de ciuitate. Nam cætera non exilia ſed relegationes proprie dicuntur, vbi particula *cætera*, ad capitalia iudicia relata, ſignificat relegationẽ quoque pœnam eſſe capitalem.

Reſpondet Muſcornius, relegationis nomen dupliciter accipi, ſtricte & late; in lata & larga ſignificatione, qua etiam de deportatione prædicetur, pœnam capitalem dici poſſe, ac proinde in adducta *l. 2.* Ictum ſentire relegationem, ſi in lata vſurpetur ſignificatione ad iudicia etiam capitalia referri.

Sed & hæc interpretatio nullius eſt precij: quandoquidem generalis iſta ſignificatio ex *lege licet 103. de verb. Significat.* quam adhoc Muſcornius allegat, erui nõ poteſt: & præterea cum *d.l.2.* Icto propoſitum ſit pœnas diſcernere, præſumi non debeat illum verbo iſto in generali ſignificatione vſum fuiſſe.

Alij reſpondent dictionem *cætera* non ad capitalia, ſed ad publica iudicia referri.

Mihi verius videtur, particulam *cætera* ad exilia, de quibus ibi Paulus diſſerit, referri debere: etſi enim relegatio, proprie & accurate loquendo, non poſſit dici exilium *d. l. 2.* in largiori tamen ſignificatione & ipſa exilij appellatione venit. *lege 4. & 5. ff. de interd. & relegat. l. 6. §. fin. ff. de pœn.* quapropter ſententia hæc erit, cætera exilia, proprie ſcilicet & accurate loquendo non eſſe exilia, ſed relegationes.

Denique non refragatur ſententiæ noſtræ *l. 10. ff. de iure patronat.* vbi dicitur, *capitis accuſationem eſſe eam, cuius pœna mors, aut exilium ſit.*

Relegatio autem eſt exilium *l. 6. §. fin. ff. de pœn.* & proinde relegatio quoque capitalis pœna dici debet.

Reſpond. Nam in *d. l. 10.* nomen exilij ſtricte, proprie ac ſpecialiter accipitur de deportatione *lege 2. ff. de public. iudic.* quamuis aliàs, in larga & impropria ſignificatione, relegatio etiam exilium dicatur.

RESOLVTIO THESIS
Sextæ.

POteſtatem gladij merumque imperium olim in Republica Romana fuiſſe penes præfectum vrbi, dubium penitus nullum eſſe videtur: nam id teſtatur ſatis luculenter Vlpianus in *lege 1. in pr. ff. de offic. præfect. vrb.* vbi ait, omnia omnino crimina præfectura vrbis ſibi vindicauit, nec tantum ea, quæ intra vrbem admittuntur: verum ea quoque quæ extra vrbem intra Italiam Epiſtola Diui Seueri ad Fabium Cillonem præfectum vrbi miſſa declaratur. Et licet extra vrbem cognoſcat præfectus vrbi, tamen etiam eas pœnas infligit, quæ certæ ſunt & legibus definitæ per text. in *lege 1. de offic. Rectoris*, *lege 1. ff. de pœnis.* vnde ſi quis grauiori pœna affici debuit, cum prætores, præfecti Vigilum & præfecti annonæ ad præfectum vrbi remiſſerunt *l. 3. & l. vlt. ff. de offic. præfect. Vigil.* Obrecht. *de iuriſd. cap. 6. n. 46.* Lit. A.

Hunc magiſtratum à Suetonio Auguſtus dicitur excogitaſſe, non quod ab ipſo primitus eſſet inſtitutus, ſed quod poſtquam obſoleuiſſet, ab Auguſto Imperatore renouatus fuiſſet, vt teſtatur Diodorus *lib. 52.* & Euſebius in *Chron.*

Habuerunt præterea merum imperium in prouinciis Proconſules & Præſides. De proconſulibus textus ſunt apertiſſimi in *l. 7. ff. de offic. Proconſul. l. 8. & 9. eod. tit.* quibus in locis Vlpianus Ictus ita ſcribit: *Cum pleniſſimam iuriſdictionem proconſul habeat, omniũ partes qui Romæ vel quaſi magiſtratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipſum pertinent. Et ideo maius imperium in ea prouincia habet omnibus poſt principem: nec quicquam eſt in prouincia, quod non per ipſum expediatur.* Lit. B.

De præſide quoque prouinciarum tex-

tus eſt in *l. 6. §. 8. de offic. præſid.* quo in loco idem Vlpianus hæc in verba ſcribit: ***Qui vniuerſas prouincias regunt, ius gladij habent, & in metallum dandi, poteſtas eis permiſſa eſt.*** Et quidem de hoc vix quiſquam eſt, qui dubitet.

Lit. C. Qu. 35. An Præſides prouinciarũ habuerint ius deportãdi?

Illud ſolum controuerſum eſt, anne Præſides prouinciarum olim in Republ. Romana habuerint ius deportandi? Et quidem quod hæc poteſtas in Inſulam deportandi facineroſos, præſidibus prouinciarum non competierit, euincere videntur textus iuris noſtri ſatis dilucidi: etenim in *lege 6. §. 1. ff. de interdict. & relegat.* ita ſcribit Vlpianus: *Deportandi enim in Inſulam ius præſidibus prouinciarum non eſt datum; licet præfecto vrbi detur; hoc enim epiſtola Diui Seueri ad Fabium Cilonem præfectum vrbi expreſſum eſt: Præſides itaque prouinciæ quotiens aliquem in Inſulam deportandum putent, hoc ipſum adnotare debeant: nomen vero eius ſcribendum principi, vt in Inſulam deportetur, ſic deinde principi ſcribere, miſſa plena opinione; vt princeps æſtimet, an ſequenda ſit eius ſententia, deportarique in Inſulam debeat, medio autem tempore, dum ſcribitur, iubere eum debet in carcere eſſe.*

Secundo idem quoque probare videtur *l. 1. in pr. ff. quando appelland.* cuius hæc ſunt verba: *Siquidem in Inſulam deportandum adnotauerit præſes prouinciæ, & Imperatori ſcripſerit, vt deportetur: Videamus, quando ſit prouocandum: vtrum cum Imperator ſcripſerit, an cum ei ſcribitur, & putem, tunc eſſe appellandum, cum recipi eum præſes iubet, ſententia prolata Imperatori ſcribendum vt deportetur.*

Tertium fundamentum eiuſdem ſententiæ eſt in *l. 2. §. 1. ff. de pœnis.* in qua ſic Vlpianus: ***Conſtat, poſtquam deportatio in locum aquæ & ignis interdictionis ſucceſſit, non prius amittere quem ciuitatem, quam Princeps deportatum in Inſulam ſtatuerit, præſidem enim deportare non poſſe, nulla dubitatio eſt.***

Quarto facit inſuper huc textus in *lege 6. §. 7. ff. de iniuſto rupto fact. & irrito teſt.* nam ibi ſic dicitur: ***Eius qui deportatur, non ſtatim irritum fiet teſtamentum, ſed cum princeps factum comprobauerit, tunc enim & capite minuitur. Sed & ſi de decurione puniendo, vel filio, nepoteue, præſes ſcribendum principi interlocutus eſt: non puto, ſtatim ſeruum pœnæ factum: licet in carcere ſoleant, diligentioris cuſtodiæ cauſa, recipi.***

Sed pro contraria affirmantium ſententia facit primo *lex, ſi quis 6. §. vlt. ff. de pœn.* in qua aſſeritur, quod præſes prouinciæ poſſit alicui ius ciuitatis auferre: atqui per deportationem aufertur ius ciuitatis *§. Minor. Inſtit. de cap. diminut.* igitur Præſes prouinciæ habet ius deportandi.

2. Cui accedit quod, vt ſupra dictum fuit, Præſes prouinciæ habet ius gladij ***d. l. 6. §. 8. de offic. præſid.*** atqui nemo dubitat, quin ad ius gladij poteſtas deportandi referri debeat. Ex hoc itaque concludendum eſt, quod præſidi ius deportationis competierit.

3. Adde quod cui licet, quod plus eſt, ei non ſit denegandum quod minus eſt. Atqui præſidi prouinciarum tribuitur ius dandi in metallum ***d. lege 6. §. 8.*** igitur ei non denegandum erit ius deportandi.

Cæterum, etſi hæc poſterior opinio ſpecioſis admodum nitatur rationibus: mihi tamen prior illa, quæ & communis eſt, opinio veritati magis conſona eſſe videtur, propter textus admodum perſpicuos ſupra ordine recenſitos: quos etſi Franc. Hottom. *lib. 3. obſeru. cap. 12.* ita eludere conetur, quod exaudiri debeant de eo præſide, qui ſubiectas imperio ſuo inſulas non habeat, & ideo in inſulam deportare facineroſos nequeat; repugnat tamen huic interpretationi generalitas ſuperiorum textuum, qui indiſtincte Præſidi prouinciarum ius deportandi denegant.

Nec valde mouet adducta lex *ſi quis, 6. §.*

Digitized by Google

6. §. vlt. ff. de pœnis. Reſpondet enim Henric. Bocer. ex inſcriptione ipſius legis ſatis liquere, per præſidem ibi ſignificare proconſulem, qui & ipſe generali præſidis appellatione continetur *l. 1. ff. de offic. præſidis.* Hunc a. maius imperium in prouincia habuiſſe, omnibus poſt Cæſarem, teſtatur *l. 8. ff. de offic. proconſ.*

Mihi videtur non recte ex ea lege inferri, quod præſes habuerit ius deportandi, quia non ſequitur, poteſt ius ciuitatis auferre, ergo per deportationem auferre poteſt: plures ſiquidem modi ſunt, quibus ciuitas aufertur, quam deportatio: vitioſe igitur concluditur à poſitione generis ad poſitionem certæ & determinatæ ſpeciei.

Ad ſecundum expedita eſt reſponſio. Non n. qui ius gladii merumque imperium obtinet, protinus ſingulos atque vniuerſos meri imperii gradus habet, præſertim cum aliquid ad ius gladii & merum imperium pertinens, nominatim & expreſſe excipitur, quod ei, cui ius gladii cõpetit, denegatur, vt ius deportandi præſidi prouinciarum denegari ſupra luculenter fuit oſtenſum.

Ad poſtremum reſpondetur, in illis quæ à ſpecialis legis delatione depẽdent, non procedere argumentum à maiore ad minus, ſic vt ſi maius alicui ſit conceſſum, eidem quoque id quod minus eſt, conceſſum intelligatur, vt pluribus demõſtraui *in tract. de interpretatione iuris c. 15.* Sed de hac quæſtione vide quæ dixi *in tr. de iurisdict. part. 1. c. 3. q. 2.*

Qu. 36. *An imperiũ merũ olim habuerint etiam priuati?* Hoc porro merum imperium anne in Republ. Romana, aliquando priuatus habuerit, non ſane conuenit inter interpp.

Affirmatiuæ n. patrocinantur Iacob. Cuiacius *15. obſeru 30. 21. obſeru. 30. & ad l. 8. §. 38. ff. de tranſact.* Cabocius *2. diſput 5.* Scipio Gentil. *de iuriſd. lib. 3. c. 19.* Bocer. *de iuriſd. c. 1. n. 19. & c. 5. n. 16.*

Mouentur a. imprimis eo, quod quæſtoribus parricidii merum imperiũ fuerit conceſſum *l. 1. §. 1. ff. ad l. Cornel. de ſicariis.* Hos vero magiſtratus non fuiſſe colligitur ex *eodem §. 1.*

Idem quoque extorquere conantur ex *l. ſi præſes 32. ff de pœnis.*

Quibus & hoc addunt, quod merum imperium, cum non competat iure magiſtratus, priuatis quoq; competere potuit.

Et denique ſuæ opinionis fundamentum in eo conſtituunt, quod legatus proconſulis, qui magiſtratus non eſt, cũ propriam iuriſdictionem non habeat, merum imperium ſibi vindicet.

Sed hæc opinio, quantumuis plauſibilis videatur, refellitur aperte per textum *in l. 3. ff. de offic. præſid.* vbi priuatus opponitur illi, qui habet merum imperium.

Nec huic repugnant fundamenta, in contrarium adducta, quibus ſatisfeci *in d. tr. de Iurisd. part. 1. c 3 q 1.*

Conſtat igitur ex hactenus dictis, merum imperium in veteri republ. Romana neminem habuiſſe niſi magiſtratum: ſed anne magiſtratus imperium merum alii delegare & demandare potuerit, quæſtio eſt difficilis, nec ſatis expedita. Lit. D. Qu. 37. *An merũ imperiũ poßit delegari?*

Equidem iure ciuili Iuſtinianeo non potuiſſe hoc imperium delegari, propriũ eſt colligere ex *leg. 1. in pr. ff de offic eius cui mandata eſt iuriſdictio*, vbi hæc proponitur regula *quod quæcunque ſpecialiter à lege, vel SCto, vel principum conſtitutione tribuuntur, mandata iuriſdictione, non transferantur, huiuſque exemplum criminalis ſubijcitur iuriſdictio: & ideo, ait Papinianus, errare videntur magiſtratus, qui cum publici iudicij exercitionem habeant, lege, vel SCto delegatam, (veluti legem Iuliam de adulteriis, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles) iuriſdictionem ſuam mandant.*

2. Quin & expreſſe Vlpianus *in l. 6 pr. ff. de offic. proconſul.* ſcribit: neminem poſſe gladii poteſtatem, ſibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre: idemque repetit idem Iuriſcõſultus *in l. nemo 70 de R. Iur.* Et hoc quidem de iure Iuſtinianeo dubium recipit plane

Ee nullum:

Digitized by Google

nullum: iure ac conſuetudine hodierna, cum merum imperium iure magiſtratus competat, nec amplius à ſpeciali legis, vel principis delegatione dependeat, quin vt cætera, quæ iure magiſtratus competunt, delegari ac demandari queat, dubitare non licet.

De iure Canonico res controuerſa eſt: non enim deſunt Iuriſconſulti eminentiſſimi, qui hoc iure merum imperium, ac criminalem iuriſdictionem demandari poſſe contendant. Et ita Longovall. *de Iuriſdict. part. 3 c. 4. n. 6.* Philip. Matth. *in l. 70. nu. 8. de R. Iur. Marant. part. 4. diſtinct. 15. & 62.* Henning Goden. *conſil. 39. n. 14.*

Quam ſuam ſententiam multis iuris Canonici rationibus confirmari putant, præſertim v. eam fundari opinantur *in c. in Archiepiſcopatu. extra de raptorib. cap. quod ſedem. extra de offic. iud. Ordin. cap. vltim. ne clericus vel Monachus in ſext. capit. vltim. de offic. ordinarij in ſext. capit. aqua de conſecratione Eccleſiæ clem. 1. §. 1. de heretic. cap. licet de offic. vicarij.*

Verum quod nec iure Canonico merũ imperium poſſit delegari, communis fere opinio eſt, atque ita ſtatuunt Didacus Couarruuias *lib. 3. var. Reſolut. 20.* Iacobus Menoch. *arbitr. iudic. quæſt. 54* Obrechtus *de iuriſdict. cap. 5.* Giphan. *ad l. 70 de Reg. Iur.* Fachin. *9. contr. 99.* Muſcornius *de iuriſdict. num. 132* Scipio Gentil. *lib. 3 cap 29.* Matth. Stephani *lib. 1 c. 18. nu 68.* Fundamenta autem huius opinionis hæc ſunt.

1. Primo enim, cum iure Canonico nominatim atque expreſſe permittatur delegato Papæ, ex cauſa infirmitatis, vel alia qualibet graui cauſa, merum imperiũ & iuriſdictionem criminalem delegare, ſequitur inde regulariter, imperium merum atq; criminalem iuriſdictionem delegari & mandari non poſſe. Ita vero pontifex *in can. ſi pro debilitate 3 extr. de offic. & pot. iudic. delegat.* Si pro debilitate vel pro qualibet alia graui cauſa, vel neceſſitate tractandis cauſis, quæ tibi à ſede Apoſtolica committuntur, intereſſe non poteris, liberum tibi ſit perſonis diſcretis & idoneis vices tuas committere. Ita tamen quod ſi res tanti eſt, conſulere te debeant. Niſi forte cauſæ ita graues ſint, quod ſine præſentia tua non poſſint commode terminari. Quod ſi itaque iure Canonico regulariter cauſæ meri imperii delegari poſſent, fruſtra pontifex nominatim permitteret in caſu firmitatis vel neceſſitatis merum delegari imperium.

2. Idem colligitur quoque ex *cap. 1. Clem de heretic.* vbi pontifex in ſpecie permittit cauſam inquiſitionis aduerſus hereticos delegari. Quod non fieret, ſi regulariter & ipſo iure delegari poſſet.

3. Quin & alias pro regula obſeruatur, quod ius Canonicum à iure ciuili, in cauſis præſertim & quæſtionibus forenſibus, diſcrepare non præſumatur, ſed differentiam alleganti, probatio eius incumbat. Iam vero vt ex ſequentibus plenius conſtabit, nulla eſt, quoad præſens negotium, inter ius ciuile & canonicum diſcrepantia: proinde, quemadmodum iure ciuili merum imperium & iuriſdictio criminalis delegari nequeunt; ita quoque nec iure Canonico.

Contrariæ opinionis fundamenta cõſideraui & quam parum aut nihil ad propoſitum conferant, demonſtraui *d. part. 1. cap 2. q 5.*

Excipitur tamen à ſuperiori regula caſus neceſſariæ abſentiæ, ita vt ſi is, qui merum obtinet imperium, poſsit illud ſi proficiſcatur, mandare: ita Papinianus *in d. l. 1. ff. de offic. eius, cui mandata eſt iuriſdict.* Vbi ita ſcribit: *Et ideo videntur errare magiſtratus, qui cum publici iudicij habent exercitionem, lege vel SCto delegatam iuriſdictionem ſuam mandant: huius rei fortiſſimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cauetur, vt is, cui obtigerit exercitio, poſſit eam ſi proficiſcatur mandare. Non aliter itaque mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit.* Ratio autem huius exceptionis in eo conſiſtit,

quod

quod neceſſariâ abſentiâ impediatur magiſtratus ipſemet merum exercere imperium atque in facineroſos inquirere & animaduertere: Reipublicæ autẽ ſummopere interſit, inquiſitionẽ iſtam & animaduerſionem non impediri, nec differri.

Qu. 38. *An præter abſentiam aliæ ſint?* Sed vtrumne & aliæ ſint quædam cauſæ, ob quas conſimiliter permittitur merum imperiũ delegare? Controuertitur, nec deſunt, qui arbitrantur, etiã propter infirmitatem & aduerſam valetudinem eius, cui merum imperium eſt demandatum, id delegari poſſe.

Mouentur primo paritate rationis, quia non minus infirmitas, quam abſentia, obſtat exercitio meri imperii.

Producunt etiam pro hac opinione textum *ex c. pro debilitate 3. extra, de offic. & poteſtate iud. delegat.* Nam ibi pontifex ſi pro debilitate inquit, vel alia qualibet graui cauſa, vel neceſsitate tractantis cauſis, quæ tibi à ſede Apoſtolica committuntur, intereſſe non poteris, liberum tibi ſit perſonis diſcretis & idoneis vices tuas committere.

Proferunt præterea legem ***licet. de recept. qui arbitrio, l. 2. §. fin. iunct. l. ſequent. ff. de procuratorib. §. item Inſt. de excuſation. tut. l. non ſolum ff. eod. tit.*** quibus probari autumant, merum imperium ex cauſa infirmitatis delegari poſſe.

Veruntamen contraria ſententia meliori fundamento inniti videtur, quandoquidem certi iuris eſt, merum imperium, non niſi ſpeciali iure competere, eiq; tribui, cui nominatim atq; expreſſe à principe conceſſum fuerit.

Inſuper ***in l. 1 ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.*** regula proponitur, quod ea, quæ ſpecialiter lege, vel SCto, vel principum conſtitutione tribuuntur, mandata iuriſdictione non transferantur, & idcirco publici iudicii exercitio demãdari nequeat: ſubiicitur deinde regulæ huic incontinenti exceptio, cauſa ſcilicet abſentiæ: quæ exceptio confirmat regulam in caſib. non exceptis; ita, vt qui caſus præterea expreſſe excepti non reperiuntur, illi ſub iſta regula comprehenſi intelligantur.

2. Quin & ſtatim ſubiicitur: non aliter itaque mandari poſſe iuriſdictionem criminalem, quam ſi magiſtratus abeſſe cœperit: prohibet proinde ICtus expreſſe imperium merum, extra abſentiæ caſum mandari, quã etiam prohibitionẽ omnes alias cauſas excludere, manifeſtiſsimũ eſt.

3. Atque hanc ſententiam non parum confirmat *l. 2. §. quem ita ſenio ff. de vacat. & excuſat. muner.* in qua Vlpianus, ***corporis***, inquit, ***debilitas eorum munerum excuſationem præſtat, quæ tantum corpore implenda ſunt, cæterum quæ conſilio prudentis viri obiri poſſunt, non remittuntur.*** Iam vero merum imperium, eiuſque executio, vigorem animi potius & prudentiam deſiderat, quam corporis laborem aut firmitatem virium. Proinde debilitas & infirmitas corporis ab eo excuſationem non meretur.

Et ſane diuerſiſsima ratio abſentiæ & infirmitatis: Cum enim ad executionem meri imperii, non tam labor & vigor corporis, quam animi integritas deſideretur, idcirco cum hæc in ægrotis quoq; eſſe poteſt non erit corporis infirmitas cauſa ſufficiens & idonea meri demandandi imperii: at quia executio imperii, præſentiã deſiderat magiſtratus, idcirco, ſi abeſſe cogatur magiſtratus, iuſtiſsimã habet cauſam demandandi iuriſdictionem, ne interim dũ ipſe abeſt, pœnarũ executiones differantur, q̃, vt ex modo dictis patet, nõ differuntur, quãdo aduerſa valetudine laborat magiſtratus. Præterea ꝙ dicitur, vbi eadẽ ratio eſt, ibi quoq; idẽ ius conſtituendum eſſe, id non procedit in ſingularibus & exorbitantibus, receptis cõtra cõmunis iuris regulam ***l. quod vero. ff. de ll. l. quod contra. ff. de Reg. Iur.*** At contra iuris receptum eſt, quod merum imperium poteſt mandari in caſu abſentiæ *d. l. 1.*

Notandum præterea, etſi ex cauſa infirmitatis non permittatur merum

Digitized by Google

imperii mandari, non tamen propterea differri executiones pœnarum: tum quia imperium merum exerceri etiam ab eo poteſt, qui aduerſa valetudine laborat, vt quod non corporis vires, ſed animi vigorem deſiderat: tum etiam, quia ſi & animi infirmitate ita laboret, vt non poſſit exequi imperium ſuoque fungi officio magiſtratus, tum in locum infirmi, ſi pœnarum executiones dilationem longiorem non patiantur, alius à principe ſubſtituendus erit *arg. leg ſi longius. ff. de iudic.* id quod Carolina quoque conſtitutio criminalis *artic. 2.* his verbis confirmat: *So offt das geſchicht, ſoll derſelbe oder dieſelbige andere tügliche Perſonen zu Beſitzung des Peinlichen Gerichts, an jhre Stadt ordnen vnd beſtellen, mit vviſſen vnd Zulaſſen des Oberrichters.*

Qu. 39. *An ex cauſa abſentiæ ipſum merum Imperiũ an ſolum eius exercitio demandetur?*

Quibus ita præmiſſis, non eſt difficilis ad contraria fundamenta reſponſio, quæ etiam diſſolui *in d. tr. de Iuriſd. part 1. c. 2. q. 6.*

Cæterum cum ex *d. l. 1. ff. de offic. eius cui mandata eſt iuriſdictio*, luculenter conſtet, quod in caſu abſentiæ cauſas meri imperii delegare concedatur, quæritur porro, anne hoc caſu ipſum merum imperium, an eius duntaxat executio demandari permittatur? Hoc poſterius aſſerit Autor noſter, cui adſtipulantur Cuiac. *lib. 1. quæſt. Papin. l. 1. ff. de offic. iudic.* Bart. *ib. n. 5.* Bolognettus *in cad. l. 1. n. 117.* Menoch. *in arbitr. iud. q. 74. num. 49.* Walth. *2. miſcell 9.* Muſcorn. *de iuriſd. n. 135.* Oſvvald. Hilliger *lib. 17. c. 8. lit. Cc* ſtatuentes, in propoſito caſu non ius exequendi ac merum ipſum imperium, ſed ſolam cauſarum criminalium cognitionem mandari, in quam ſententiam variis adducuntur rationibus, quas recenſui & ponderaui *in d. tr. c. 2 q. 8.*

Mea hæc eſt ſententia, quod cum in caſu abſentiæ, cauſæ meri Imperii demandantur, ipſum merum Imperium, & non nudam duntaxat cognitionem, demãdari.

Vt ita ſtatuam mouet me hæc ratio, ꝙ exceptio debeat eſſe de regula, ſic, vt quib. in terminis loquitur regula; iiſdem in terminis exceptio quoq; loquatur. Atqui regula *in d. l. 1. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd* cõcepta eſt de ipſo mero imperio, ſeu de exercitione meri imperii, ꝓinde & exceptio de eodẽ concipi debet. Et quis obſecro, ignoret, exercitionem publici iudicii maxime in imperio mero eiusq; exercitio, ꝙ cõſiſtit in animaduerſione in facineroſos homines, poſitam eſſe? Quocirca infallibiliter dicendum erit, ipſum quoq; merũ imperiũ ex cauſa abſentiæ delegari poſſe.

2. Quin & ratio exceptionis locum in imperio mero æque ſibi vindicat: idcirco n. abſenti magiſtratui permittitur delegare exercitionẽ publici iudicii, ne videlicet executio pœnarũ diutius, ſecus atq; vtilitas publica poſtulat, differatur: at imperiũ maxime vim ſuã exerit in executione pœnæ & in animaduerſione in homines facineroſos, ſed de hac cõtrouerſia alibi prolixius diſſerui.

Illud certiſſimum eſt, & notoria totius Germaniæ conſuetudine (de qua infiniti teſtantur Doctores) cõprobatum, ꝙ criminalis iuriſdictio & merũ imperiũ hodie iure magiſtrat⁹ cõperãt, nec amplius, vt olim, ex ſpeciali legis delegatione depẽdeat. *Lit. E.*

Etenim experientia teſtatur, in imperio Romano receptum vbiuis eſſe, vt quam primum quis infimo etiam magiſtratui præficitur, hoc ipſo ſtatim in imperio ſuo ſubiectos ius animaduertẽdi, ob facinora admiſſa, conſequatur; ita vt ſicut imperiũ mixtũ & ciuilis Iuriſdictio magiſtratui adhæreſcũt, ita criminalis Iuriſdictio & merum imperium eidem adhæreat.

Et quanquam non omnes magiſtratus habeant ſupremum meri imperii gradũ, Nullus tamẽ eſt magiſtratus, qui nõ qualemcunq; facinoroſorum coercitionẽ & infimum, ad minimũ, gradũ meri imperii obtineat, ita poſt Azonem, Alciatum, Bodinum, Muſcornium ſtatuit Bocerus *de Iuriſd. cap. 6.* Rosbach *in proceſſu ciuili tit. 2. num. 33.*

Hinc

Litera F. Qu. 40. *An cõceſſione pleniſſimæ & omnimodæ iuriſdictionis etiã merum imperiũ contineatur?*

Hinc licet de iure noſtro ciuili Iuſtinianeo conceſſione omnimodæ itemq; pleniſſimæ iuriſdictionis ex plerorumq; ſententia, merum imperium & criminalis iuriſdictio non contineatur (de quo prolixè diſſerui in ſæpe citato *tract. de iuriſdict. part.1.c.2.q 3.*) tamen conſtans eſt Dd. ſententia, hodiernis noſtris moribus cõceſſa omnimoda & pleniſſima iuriſdictione, etiam merum Imperium cõceſſum intelligi, ſed vide quæ dicta ſunt in *reſolut.d.q.3.*

Quæ. 41 *An cõceſſo alicui caſtro cẽſeatur eidem merum imperiũ conceſſum?*

Ampliat hoc & extendit autor noſter, ita vt etiã tunc merũ imperium cõceſſum intelligatur, quando alicui caſtrũ cum pertinentiis & adhęrẽte iuriſdictione à principe conceſſum eſt: quod tamen ſi de iure noſtro ciuili Iuſtinianeo & nõ de morib. hodiernis quęſtio cõcipiatur, minime verum exiſtimo: eiusq; contrarium aſſerui & defendi in *d.tract.part.1.c.2.q 2.*

Quæ.42 *An iuriſdictio præſumatur priuativè an cumulativè cõceſſa?*

His incidenter ſubnectit autor noſter controuerſiam. Elegantẽ ſanè & difficilẽ, anne iuriſdictio à principe conceſſa, cenſeatur cumulatiue, an verò priuatiuè conceſſa.

Ad quã quæſtionẽ eo melius intelligẽdam, dicendũ eſt, quid nam ſit cumulativè & quid ſit priuativè iuriſdictionẽ concedi; & *priuativè* dicitur cõcedi iuriſdictio, quando hac conditione conceditur, vt ſolus accipiens eam exercere poſſit, non etiam princeps concedens. *Cumulativè* verò iuriſdictio conceditur, cum ita conceditur, vt expedire eam poſſit, & concedẽs, & is, cui ea conceditur, Menochius in loco ab autore citato.

De propoſita igitur quæſtione hæc tenẽda eſt regula, ꝙ in dubio iuriſdictio nõ cenſeatur privativè, ſed cumulativè cõceſſa. Cuius regulæ hæc eſt ratio, ꝙ in cõceſſione iuriſdictionis ſemper autoritas cõcedentis illæſa intelligatur reſeruata, & ꝙ in generali ſermone nõ comprehendatur loquentis perſona. Et ꝙ demq; iuriſdictio oſſib. principis, iure ſuperioritatis inhęreat, atq; in eo, tanq̃ in origine conſeruetur.

Excipitur ab hac regula iuridict. alicui in feudũ conceſſa: hęc n. non cumulativè, ſed priuatiue data intelligitur, propterea quod feudum inſtar vſusfructus obtineat *tit.23.§.vltim.lib.2.feud.* vſusfructus autem conceſſus ad ſolum vſumfructuariũ pertineat, ad proprietarium verò non item.

Deinde à ſuperiori regula excipitur iuriſdictio alicui per priuilegium conceſſa: hanc quippe non intelligi cumulativè, ſed priuatiuè cõceſſam, autor eſt Menoch. in loco ab autore allegato.

Inſuper excipitur à prædicta regula iuriſdictio de certis duntaxat quibuſdã cauſis conceſſa: conceſſione n. ſpecialis iuriſdictionis, intelligitur derogatũ generali, quæ competit alii; ita vt ille ſolus, cui cõceſſa eſt iuriſdictio, iſtarum cauſarum cognitionem habeat, *arg.l.80.de reg.iur.*

Excipiunt deniq; iuriſdictionem alicui cõceſſam per taxatiuã voculam *duntaxat*, vt ſi in aliqua ciuitate *ſoli* alicui de cauſa aliqua certa iuriſdictio concedatur: quia dictio taxatiua SOLVS vim excludendi, aſtringendi & limitandi habet *l. vlt. C. de.ll.*

Mihi ſanè poſteriores iſtæ tres limitationes valdè ſunt ſuſpectæ, quia ſolida ratione non innituntur, & rationes, in quib. noſtra fundatur regula in iſtis quoq; caſibus locũ habent, ita, vt exiſtimem, etſi per priuilegiũ iuriſdictio certæ alicui perſonę fuerit conceſſa, & de certis duntaxat quibuſdã cauſis, adhibita etiã particula taxatiua: non tamen præſumendum eſſe principẽ concedentẽ voluiſſe iuriſdictione ſe priuare, eamq; in aliũ priuativè trãsferre.

Litera G. Quæ.43 *An merũ imperiũ hodie poſſit mandari?*

Etſi olim merũ imperiũ non potuerit mandari & delegari, vt ſupra demonſtratũ fuit, hodie tamen notoria Germanię noſtræ conſuetudine delegari poſſe, dubium non eſt, cum vt oſtenſum fuit, nõ amplius ex ſpeciali legis delatione, ſed iure magiſtratus cõpetat: omnia verò illa, quæ iure magiſtratus competunt, delegari poſſunt, *per text. in l.1. in pr. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.* In eo ſanè autori noſtro aſſentiri nõ

Qu. 44. *An nouo iure ciuili Iuſtinianeo poſſit merũ imperium mãdari?*

poſſum, ꝙ ſtatuit, etiam nouo iure noſtro ciuili, cauſas meri imper. delegabiles eſſe. Aduerſatur enim illi grauiſſime textus in *d.l.1.ff.de offic.eius*, quæ cum nullibi reperiatur iure ſcripto mutata ac correcta, adhuc vigêre intelligitur *l. præcipimus C. de appell.*

Nec quicq̃ autori noſtro patrocinatur *alleg.l.vnic.C. qui pro ſua iurisd.* ad quã nonnulli reſpondẽt, eam in ſpecie de delegato principis eſſe conceptã, qui maiorem habeat poteſtatem, quam alius quiuis magiſtratus. Mihi veriſſimũ videtur ꝙ alii reſpondent, conſtitut. illam *l.vnic.* non velle, ꝙ delegatus principis poſſit qualuis cauſas, nullo illarũ habito diſcrimine delegare, ſed ꝙ poſſit principis delegatus, quasvis cauſas, ſiue ſint ſub eius iurisdict. ſiue non, ſubdelegare, vti ſatis declarãt verba præcedẽtia & rubrica illius tit. ꝙ in ea *l. vnic.* agatur, quomodo cauſæ, ratione iurisdict. delegari poſſunt: non a. quænam ſint illæ cauſæ, quæ ſubdelegari poſſint, Menoch. *lib.1.arbitr.iud.q.54.nu.18.* quare in *d.l. vnic.* verba iſta, *nullo cauſarũ habito tractatu*, ſecundũ propoſitam quæſtionẽ ſic accipi debent, ſiue ad iurisdict. ſpectent delegati principis, ſiue non: non verò ita ſiue ſint ciuiles, ſiue ſint criminales.

Nec magis pro autore facit adducta *l 2. §.1.C.de his qui latrones:* nam illic per iudicẽ cuius meminit iſta conſtitutio, non eſt intelligendus delegatus, ſeu is, cui merũ imperiũ eſt demandatũ, ſed intelligi debet ipſe magiſtrat⁹, qui ꝓuinciali iudicio præeſt, neq; etiã ex verſ. *ſin autem propter.* colligi poteſt, ꝙ merũ imp. poſſit delegari, cũ hoc ſolum ibi dicatur, ꝙ à tribuno ſeu primatibus militum auxiliũ ſit poſtulandũ, ſi propter multitudinẽ forte latronũ illi, qui ſunt in prædio, non ſufficiat ciuile officium, ex quo extorqueri non poteſt, quod merum imperium mandari poſſit iure noſtro ciuili ſcripto.

Quæ. 45 *An merũ imperiũ iure canonico ſit delegabile?*

Similiter ꝙ noſter autor imperiũ merũ iure canonico mãdari poſſe ſtatuit, minimè admittendũ cenſeo, idq; ſupra quoq; ſub theſi hac *6.lit.D.* reiectum fuit, & prolixè refutatum in *tr.de iurisd.part.1.c.2 q.5.*

Litera H.

Cæterũ cum hodierno iure conſuetudinario, vt dictum eſt, merũ imperiũ poſſit mandari, quæritur, vtrũ eo mãdato cognito duntaxat an verò & executio demãdata videatur, & ꝙ tam cognitio quã executio ſit demandata, verius videtur, quia merum imperium maximè in executione & animaduerſione in facineroſos conſiſtit *l.3.ff.de iurisdict.*

RESOLVTIO THESIS OCTAVÆ.

Litera A. & B.

EX cauſa efficiente iurisdictio alia dicitur propria, ſiue ordinaria, & alia mandata, ſiue delegata *l.5.ff.de iurisd.l.2. & l.3.ff.de offic.proconſ.* Propria alicui cõpetit, 1. ex conceſſione principis, qui fons eſt omnis iurisdictionis: data quippe eſt Imperatori à Deo ter opt. max. omnis poteſtas in terra *c.4.Daniel.v.19.* Vnde princeps Romanus rectè dominus mundi appellatur in *l.deprecacio.9.ff. ad L.Rhod. de iact.* cui conſequens eſt, omnem poteſtatem & iurisdictionem ab Imperatore fluere in magiſtratus & ad eundem refluere, vt ſcitè ſcribit Bald. in *c.1. num.2. tit.de Allod. in vſibus feud.* hinc etiam nemo, qui principe eſt inferior, præſumitur iurisdictionẽ habere, ſed ſi iurisdictionẽ ſibi competere dicit, id probare tenetur: quod tamen autor noſter cum Iacob. Menoch. ita limitat, vt non procedat, quando iurisdict. ſemel publica eſt facta & alicui a principe conceſſa: nam tunc illa in poſterũ præſumitur, nec amplius probatione indiget, cum iam ea in prouincia omnibus nota ſit ac manifeſta, aliàs vero, antequam fiat publica, probatur ex inveſtituris, quibus demonſtratur, cõceſſum eſſe caſtrum vna cum iurisdictione & imperio *c.vnico.quis dicatur dux vel March.in vſib.feud.*

Litera C.

Præterea acquiritur iurisdict. præſcriptione, vt ſi princeps aliquis, comes, Baro vel nobilis in caſtro multis annis, in ſub-

ditos

Digitized by Google

ditos illius caſtri, iurisdictioné & imperiũ exerceat, præſcriptione in iſtos ſubditos iurisdictionem & imperium ſibi acquirit.

Sed quantum tempus, & quot anni ad hanc præſcriptionem deſiderentur, non conuenit inter interpp.

Et quidé ſi vna cum territorio & caſtro iurisdictio præſcribatur, ſufficiunt 10. vel 20. anni, quoniá tanto tépore res immobiles præſcribuntur *pr. Inſt de vſuc.* & in cõſequentiá ea quoq; quæ rebus immobilibus adhærét, ſicut iurisdict. adhæret territorio. Quod ſi verò ſine territorio iurisdictio præſcribatur, tunc requirũtur 40. vel ad minimum, triginta anni.

1. Quia iurisdict. eſt res incorporalis, ad incorporalium v. preſcriptionem exiguntur 30. vel 40. anni *l. 3. & tot. tit. C. de præſcr. longiſſimi temporis 30 vel 40. annorum.*

2. Quia ad iurisdict. Eccleſiaſticæ præſcriptionem 40. anni expreſſe deſiderantur in *cap. 15. & 18. extr. de præſcript.*

Quod ſi v. iurisdictio præſcribatur cõtra principem ſine titulo, tempus immemoriale, hoc eſt, hominis memoriam excedens, requiritur.

1. Quia iurisdictio & merũ imperiũ plura continét, quæ ad ſupremá principis dignitatem & eminentiã, ſpeciali quodã iure, pertinét: at horũ acquiſitio neceſſario exigit tempus illud, cuius initium memoriã hominũ excedit. *c. ſuper quibuſdã §. præterea. de V. ſignif.* Deinde quia reliqua, quæ ad iurisdict. cauſarũ criminaliũ & ciuiliũ pertinét, ita propria principis ſunt, vt nemini conueniant, nec competere, niſi ipſi principi poſſint: in quib. præſumptio principi ſuffragatur, ac ceteris aduerſatur omnino: cum iurisdict. tota ipſius principis ſit, nec ſine ipſius mandatu per aliquem exerceri poſſit *l. 1. ff. de conſtit. princ.* deniq; cõfirmatur hæc ſentétia expreſſe ex *c. 1. de præſc. in 6.*

2. Quod iurisdictio aduerſus inferioré principé preſcribatur longo tépore *l. vires.* ibi ex longo tépore *C. de diuerſ. offic & apparit. iud. l. fin.* ibi vel longa cõſuetudine *C. de emancipand. lib. l. teſtamenta 18. C. de teſtam l. certi iuris C. de iurisd. c. cum contingat extr. de foro cõpet. c. dilecti. extr. de arbit.* Deinde quia nulla ratio eſt quæ maius temp⁹ exigat in præſcribenda iurisdict. aduerſus inferioré principem, quã in cæteris iuribus incorporalibus. Deniq; ceſſat ratio illa, quæ immemoriale tempus exigebat in præſcriptione aduerſus ſummũ principé. Non n. ſicut ꝓ illo ita pro principe inferiore præſumptio militat cæteriſq; aduerſatur. De mero imperio, vtrũ præſcriptione acquiri valeat, maior eſt dubitatio. Pro negatiua facit 1. quod merũ imperiũ, iure noſtro ciuili, non niſi ſpeciali iure cõpetit, eiq; tribuitur, cui nominatim atque expreſſe à principe conceſſum fuerit *l. 1. ff. de offic eius cui mand.* 2. Quia in *l 3. in fin. ff. ad L Iul. maieſt.* dicitur, priuatos homines, ſi pro poteſtate, vel magiſtratu ſe geſſerint, lege Iulia maieſtatis teneri; quæ profectò verba argumẽto ſunt, imperiũ ipſum præſcribi nõ poſſe, ne ex delicto præſcriptionis ius quæratur *l. meminerint C. vnde vi l. ſiue hereditaria ff. de negot geſt.* 3. Quia in *l. 27. §. fin. ff. ad L. Cornel. de falſ.* dicitur: *Eum, qui ſe pro milite geſſerit, vel illicitis inſignibus ſit vſus, vel falſo diplomate vias cõmearit, pro admiſſi qualitate grauiſſime puniendum eſſe.* Et quanquam diſſentientes reſpondeát, haſce leges loqui de priuatis, qui cum in coercendo imperio habiles non ſint, delictum committere dicuntur, ſecus vero, ſi idoneæ ſint perſonæ, quæ eadem iurisdictionem iam antea obtineant. Veruntamen parũ hoc ad rem facit: notiſſimũ quippe eſt, ꝙ non ſolum qui extra territoriũ ſuũ, ſed & qui ſupra iurisdictioné ſuam ius dicit & imperium exercet, pro priuato habeatur *l. fin. ff. de iurisdict.* 4. Quæ in alterum transferri nequeunt, nullo vnquam tempore præſcribi poſſunt *l. 2. C. de vſucap. pro empt. cap. dudum. extr. de decimis*: ſiquidé vſucapio eſt alienationis ac translationis ſpecies *l. alienationis de verb ſignif.* Atqui merum imperium in alium non poteſt transfer-

Qu. 46. *An merũ imperiũ præſcriptione poſſit acquiri?*

Digitized by Google

transferri, l.1.§.qui mandatum ff.de offic. eius l.6. ff. de offic. proc. l.70. de reg. iur. ergo merum imperium præſcribi non poteſt.

Reſpondet quidē Muſcorn. argumentum hoc habere locū in longi temporis præſcriptione, ſecus v. in ea, quæ per lapſum tanti temporis inducitur cuius non extat memoria: quoniam hæc vim donationis habere dicitur.

Cæterū quæſtio hæc noſtra non eſt, an immemorialis tēporis præſcriptione acquiratur merū imperiū, ſed an acquiratur præſcriptione lōgi vel longiſſimi tēporis? deinde argumentū modo adductū etiā in præſcriptione immemorialis tēporis obtinet: cū n. & hæc donationi æquiparetur, vt modo fuit à Muſcorn. dictū; ſane quæ res donari nequeūt eæ nec præſcribi poſſunt, tempore quantumuis immemoriali.

Reſpondet ad *d.l.2.C.de vſucap.pro empt.* Fachin. iſtam legem hoc tantū velle, ꝙ ea, quæ teſtator mādarit ſeruari, vēdi nequeant & ſi vendantur, non vſucapiātur: hoc verò ideo, quia iuſtus requiratur ad longi temporis præſcriptionem titulus: titulus autē hoc in caſu deficiat, quia rem ſeruari teſtator voluerit, vendi noluerit.

Sed vt vt ſit, elicitur ex ea *l.2* ꝙ ideo res, quæ à teſtatore ſeruari iuſſæ ſūt, præſcribi nequeāt, quia nec alienari poſſunt, *arg. d.l. alienationis de V. ſignif.* vnde rectè axioma iſtud deſumitur, ꝙ quæ res alienari & trāsferri nō poſſunt, illæ nec præſcribi queāt.

Contrariis argumentis, quæ pro meri imperii præſcriptione adduci ſolent, reſpondi *in tract. de iuriſd. part.1.c.2.q.4.*

Quanquā vſu hodierno iſthæc ſententia fortaſſis ſit receptior, cum merū imperium non amplius ita ſpecialiter à lege deferri ſoleat, ſed iure magiſtratus cōpetat.

Qu. 47. *An quis tempore immemoriali poßit ſe eximere imperio ſui principis?*

Illud etiam valdè controuerſum eſt, an quis immemoriali tempore ſe imperio ſui principis eximere queat?

Negant Muſcorn. *de iuriſd. n. 127.* Zoan. *in tr. de imper. 10. num. 149. & ſeqq.* Obr. *de iuriſd. c.4. n.24. & ſeqq.* Gail. *lib.1. obſeru. c.21. n. 16. & 17.* Frid. Mindan. *de mandat. iud lib.2. c. 67. nu.13. & 14.*

1. Quia, vt quis principē non amplius, tanq̃ verum dominū & magiſtratū recognoſcat, idē eſt atq; imperiū principis diminuere velle *auth. quas act. C. de SS. Eccleſ.*

2. Quia ius ſuperioritatis, vt vulgo loquuntur, propriè eſt Imp. & ita Imperatoriæ maieſtati annexū, vt ab ea ſeparari non poſſit & conſequēter nec præſcribi, vt refert Iaſon. in *l.3. n. 20. ff. de iuriſdict.*

3. Quia quod in ſignum ſuperioritatis competit, præſcribi nequit *cap. non liceat. & cap. cum ex offic. de præſcript.*

4. Et poſſet etiā, ſi hoc fieret, paulatim collabi imperium & ſubditi redderentur ἀκέφαλοι, h.e. ſine capite, vt dicitur in *canone nulla ratione diſtinct. 93.* Bald. *in d. auth. quas actiones.*

5. Quia Imp. vt qui ſemel cōſtitutus fuit caput totius orbis & dominus, nunq̃ animum poſſidendi terrarū orbē deponit; ꝙ vero terras & prouincias exemptas ſtatim manu militari in ordinē non redigit, meræ facultatis eſt, quâ, vbi cōmodum ei integrumq; eſt, poteſt quandocunq; etiā in Aſiam & Africam, tanq̃ in ſuum regnum & dominiū proficiſci omnia ſubiiciendo & domādo, omneſq; qui prouincias ſuas occuparunt eiiciendo Freder. Mandan.

6. Quia de iure cōi, in rebus concernentibus ſtatū imperii, vel ſuperioritatem, vt vocant, aut tributorū exactionem, nunq̃ currit præſcriptio *l. comperit C. de præſcript. 30. vel 40. ann. cap. cum nō liceat extr. de præſcr. cap. cum inter de conſuet.* Gail. *d. obſ. 21. nu. 16.*

Nec huic ſententiæ refragatur, ꝙ ſumma iſthæc principis poteſtas ſit iuris poſitiui: nullum v. ius poſitivum exiſtat, quod immemoriali tempore non extinguatur. Nā etſi ius poſitivū ac ciuile immemoriali tempore tollatur, ſecus tamen ſe res habet in eo iure poſitiuo, quod ſtatum imperii ac ſuperioritatem concernit.

Mandata iurisdict. ea dicitur, quę à magiſtratu, qui eā ſuo iure obtinet, alii exercenda *Litera D.*

cenda

Digitized by Google

cenda mandatur & committitur. Atque hæc non eſt ꝓpria illius cui mandatur, ſed propria manet eius, qui mandauit. Hinc Papin. *qui mandat. ã iuriſdictionẽ ſuſcepit, proprium nihil habet, ſed eius qui mandauit, iuriſdictione vtitur, l. 1. §. 1 ff. de offic. eius, cui mandata eſt iuriſd.* Et Iulian. in *l. 3. eod. t. Et ſi, inquit, prætor ſit is, qui alienam iuriſdictionem exequitur, non tamen pro ſuo imperio agit, ſed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur.* Hinc etiam idem Iulian. *in l. 5. ff. de iuriſdict.* Mandatam iuriſdictionem *alieno beneficio haberi dicit.*

Mandata autẽ iuriſdictione etiã Imperium mixtũ mandatũ cenſetur, non quidem, quia imperiũ mixtum ſit iuriſdictio, ſed quia iuriſdict. cohæret, idq; expreſſe ſcribit cum Paulo Pap. in *d. l. 1. ff. de offic. eius.* Et *imperiũ*, inquiens, *quod iuriſdictioni cohæret, mandata iuriſdict. transferri, verius eſt*, & in *l fin eiusd. tit.* idem Paulus ſcribit, mandata iuriſdictione priuato, etiã imperiũ, ꝙ non eſt merũ videtur mandari, quia iuriſdict. ſine modica coercitione nulla eſt.

Nec ſane quiſquam & hactenus repertus, qui infitiari fuerit auſus, merũ imperium transferri cum mãdatur iuriſdictio. Sed illud valdè cõtrouerſum eſt, anne imperium mixtũ principaliter ac per ſe mandari valeat? Et multi in ea ſunt opinione, ſeu potius hæreſi, mixtũ imperiũ mandari non poſſe, ſed illos prolixè refutaui in *tract. de iuriſd part. 3. q. 1.*

Litera E. Ordinaria porro iuriſdictio nõ ſolum mandari, ſed etiam prorogari poteſt, *l. 18. ff. de iuriſdict.*

Prorogare v. iuriſdictionẽ nihil aliud eſt, quã iuriſdict. magiſtratus ordinariam ad rem, vel cauſam, vel perſonã eam extẽdere, quę ad iuriſdict. magiſtratus illius alias non ſpectat. Etſi n. extra territorium vel ſupra iuriſdict. ſuam magiſtratus nullam habeat poteſtatẽ, ſed pro priuato habeatur *l fin ff. de iuriſd.* ſi tamen priuati cõſenſerint in eum magiſtratum eidemq; ſeſe ſubiecerint, cuius iuriſdictioni vel ratione perſonæ ſuæ, vel ratione cauſæ, vel ratione rei non ſubſunt, iuriſdictio magiſtratus ad illorum perſonas, vel rem, vel cauſam porrecta & extenſa exiſtimatur *d. l. 18 & l. 1. ff. de iudiciis.*

Hinc animaduertere licet, aliud eſſe dare iuriſdictionem, & aliud iuriſdictionem alicui prorogare: nam priuatorum conſenſus iuriſdictionẽ nemini dare poteſt *l. 3. C de iuriſd.* At priuatorum conſenſus iuriſdictionem iam competentẽ prorogare & extendere poteſt *d. l. 8.*

Quocirca extra omnẽ controuerſiã eſt poſitũ, quod homini priuato iuriſdictio prorogari nequeat: nam non-entis nullæ ſunt qualitates, nullæ cõſiderationes nec iuriſdict. quæ nulla eſt, prorogari poteſt, omnisq; iuriſdictionis prorogatio aliquã præſupponit iuriſdictionẽ: priuatus autem iuriſdictionem non habet, cum iuriſdictio ſolius ſit magiſtratus, vt ſupra fuit oſtenſum.

Non obeſt ꝙ mandata iuriſdictio prorogari poſſit, vt iam dicetur: hanc verò priuatus quoq; obtineat *l. fin. § 1. ff. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict.*

Nam cum iuriſdict. mandata non ſit propria eius, cui mandata eſt, ſed illius qui mandauit, ita vt mandatarius mandantis iuriſdictione vtatur *l. 1 in pr. ff. de offic. eius*, nec pro ſuo imperio agat, ſed pro eo, cuius mandatu ius dicit, eiusdemque partibus fungatur *l. 3. ff eod. tit.* Atque mandatam iuriſdictionem non ſuo iure, ſed alieno beneficio habeat *l. 5 ff. de iuriſdict.* Idcirco cum mandata iuriſdictio prorogatur, non cenſetur ei prorogata, cui mandata eſt, ſed illi qui mandauit, hoc eſt, magiſtratui.

Hinc igitur diſcutienda venit quæſtio illa & controuerſia difficilis, anne mãdata iuriſdictio poſſit prorogari? Sunt n. qui hoc negare non dubitent. Mihi tamen affirmantium ſententia ſemper viſa eſt veritati maximè conſona; nam quicquid iuris in iuriſdictione habuit mandans, id Qu. 48. *An mandata iuriſdictio poſſit prorogari?*

totum, mandata iuriſdictione, tranſit in eum, cui iuriſdict. ſuam mandauit; vnde & iuriſdictione mandâtis vti *l. 1. §. 1. ff. de offic. eius.* partib. eius fungi *l. 3. eod.* itemq; vice eius fungi *l. 16. ff. de iurisdict.* ac iuriſdict. beneficio mâdâtis obtinere, dicitur *l. 5. ff. eod. tit.* atqui mandans iuriſdictonẽ, hæc inter cætera habuit, vt ſi qui in eum conſentirẽt, ſeq; eius ſubijcerent iuriſdictioni, iuriſdictio eius prorogata eſſet *l. 1. ff. de iudic.* Igitur, mandata iuriſdictione, idem ius in eum, qui mandatam ſuſcepit, tranſit, vt ſi qui in eum conſentiant, ſit huius quoque in conſentientes iuriſdictio.

2. Probat deinde hanc ſentẽtiam etiam *l. 1. ff. de iudic* in qua dicitur: ſi aliqui ſubiciât ſe iuriſdictioni & conſentiant, inter conſentiẽtes cuiusvis iudicis, fore iuriſdictionem, vbi particula vniuerſali *cuiusuis* ſatis ſignificatur, omnes qui aliquam juriſdict. habeant, ſuperiore definitione cõprehendi, quod ſcilicet juriſdict. illis prorogari poſſit.

3. Eandem quoq; confirmat *d. l. 1.* dum in ea Vlpian. ſcribit; cuiuſuis iudicis, qui tribunali præſit, vel aliam juriſdictionem habet, prorogari juriſdictionem: per aliam juriſdict. intelligit dubio procul Iuriſcõſultus juriſdict. mâdatam: proinde ex ſententia Iuriſconſulti, etiam mandata juriſdictio prorogari poterit.

5. Pro eadem quoq; ſentẽtia facere videtur *l. 2. §. 2. ff. de iudic.* vbi expreſſe dicitur, ſi iudex fuerit datus ad tempus, & omnes litigatores conſentiât: niſi ſpecialiter principali iuſſione prorogatio fuerit inhibita, poſſe tempora, in quæ iuſſus eſt litem dirimere, prorogari.

Sed tamen ſunt etiam è conſentientib. quidam, qui hâc l. ad rẽ nõ facere propterea exiſtimẽt, quia loquatur de principis delegato, idq; colligi putât ex his verbis: niſi ſpecialiter principali iuſſione prorogatio fuerit inhibita: inter delegatum vero principis, & delegatũ alterius magiſtratus hoc intereſſe, aiũt; quod propter autoritatem delegatis, principis, delegatus, ad delegatũ alterius alicuius, videatur quodãmodo eſſe Ordinarius & juriſdict. habere propriã. Ex quo inferendũ non videtur, quod juriſdictio delegati principis extra hunc caſum prorogari poſſit, eo quod jure hoc cautũ non inueniatur. Dominus Bocerus quoq; exiſtimat *d. l. 2. §. 2.* ad propoſitum noſtrũ nihil pertinere, cum non de prorogatione juriſdict. agat, ſed de eo iudice nominatim, qui pedaneus & ſpecialis dicitur iudex & de prorogatione temporis, ad quod vſque, huiuſmodi iudex datus eſt.

Quæ ſuperiori ſentẽtiæ aduerſantur, diſſolui in *d. tract. de iurisd. par. 2. q. 8.*

RESOLVTIO THESIS OCTAVÆ.

QVI juriſdict. præeſt neq; ſibi ius dicere debet, neq; vxori, vel liberis ſuis, neq; libertis, vel cæteris, quos ſecum habet, ait Ictus in *l. 10. ff. de jurisdictione.* Lit. A. Qu. 49. *An quis ſuis & ſibi poſſit ius dicere?*

2. In *l fin. §. pen. C. vbi ſenat.* ſancit Imperator Zeno, vt viri Illuſtres nec de ſe, nec de ſuis facultatibus iudicent aliquid.

3. Et in *l vnic. C. Ne quis in ſua cauſa.* Impp. Valens, Gratianus & Valentinianus generali lege decernunt, neminem ſibi eſſe judicem, vel ius ſibi dicere debere; quia in re propria iniquum admodum ſit alicui licẽtiam tribuere ſentẽtiæ; iniquum idcirco, quia verendũ eſt, vt quis affectib. quibus indulget, à iuſtitiæ ſemitis abreptus, iniquam ſententiam ferat: cum proprijs in rebus plerumque cæcutiamus, in alienis lynceos oculos habeamus.

Obijcitur huic *l. 77. ff. de iudic.* in qua Africanus: *In priuatis*, inquit, *negotiis pater filiũ, & filius patrem iudicem habere poteſt.*

2. Et in *leg. 16. ff. recept. qui arbitr.* Iuriſcõſultus ſcribit: *Quin etiã de re patris dicitur filiumf. arbitrum eſſe: nam & iudicem eum eſſe poſſe pleriſque placet.*

Variæ ſunt harum legum conciliationes quas retuli & examinaui in *d. tract. de jurisdict. part. 2. q. 6.*

Mihi, aliorũ ſaluo iudicio, diſtinguendũ videtur.

videtur

videtur inter ius dicere & iudicare; ſic vt nemo poſſit ſibi, aut ſuis ius dicere, *l. 10. ff. de iurisd.* at iudex ſuis eſſe poſſit: ratio autem huius diſtinctionis eſt hæc, ꝙ cum ius dicens, ſiue magiſtratus, nõ adſtringatur certæ iudicādi formulæ, recedere poſſet, in ſuũ & ſuorum cõmodum, à iure: at cum iudex ſecundũ formulã, ſibi à magiſtratu præſcriptã, iudicare teneatur, ab eaque ne latum quidẽ vnguẽ recedere queat, idcirco ratio hęc apertè deficit. Deinde ratio & hæc dari poteſt, ꝙ iudex à magiſtratu priuatis litigantibus dari fuerit ſolitus, quẽ ipſi elegiſſent litigantes; proinde ſi quis patrẽ vel patronum aduerſarii elegerit iudicem, in eumq; conſenſerint, vel compromiſerint, etiamſi poſtea iniq̃ ferat ſententiã, non tamen de ea conqueri poteſt, cũ id, ꝙ ſemel placuit, non poſſit amplius diſplicere. Et quanq̃ hanc rationem improbet Matth. Stephani, ex hoc fundamento, ꝙ ius dicentis officium ſit latiſſimum *l. 1. ff. de iurisd.* atq; ius dicere non ſolum ſignificet iudicem dare, ſed etiã iudicare *d. l. 1.* & ideò nequeat hoc modo diſtingui inter ius dicere & iudicare, vt modo eſt factum. Non tamen hæc ratio priorem iſtã ſolutionem tollit, aut labefactat, quoniã ius dicẽs, ſeu magiſtratus olim ordinariè iudicare non poterat ipſe, ſed iudicem dare cogebatur, qui iudicaret, vt euidenter probat *l. 2. C. de pedan. iud.* Vnde ius dicere & iudicare infinitis prope in locis ſibi invicem opponũtur, & accuratiſſimè diſcernuntur, ait in *l. 5. ff. de feriis l. 2. §. poſt originem ff. de orig. iur. l. 3. ff. de offic. eius. l. 10. & 18. de iurisdict.*

Non obſtãte eo, ꝙ multis in locis magiſtratus, ſeu ius dicens, iudex appellatur, vt in *t. t. C. de iurisd. omnium iudic.* nam hoc ideo fit, vel quia & magiſtratus quibuſdã in cauſis, grauiorib. ſcil. iudicabat *d. l. 2.* vel quia, iudicem conſtituẽdo, ipſe per iudicem, quem dedit, iudicare cenſetur, iuxta illud, quod quis per alium facit, ipſe feciſſe intelligitur.

Sic etiã diſtinctioni noſtræ non adverſatur *l. 13. in fin. cum l. ſeq. ad S C. Trebell.* Nam ibi filius patri ius dicit cogẽdo eum ad fideicõmiſſi reſtitutionem, quia deficit ratio ſuperior, ob quã filium patri ius dicere non poſſe, aſſerebamus: non n. vllum hic ſubeſt periculũ, ne à recto iuris & iuſtitiæ tramite filius in gratiam patris, deflectat.

Reliqua vide in reſolutione *d. quæſt. 6.*

Cæterum excipitur à prædicta regula I. Summus Imp. vel Princeps qui in propria cauſa cognoſcere & ius dicere poteſt *l. proximè ff. de his quæ in teſt. delentur, l. & hæc Tyberius ff. de hered. inſt.* II. Excipitur iudex cui ratione officii illata eſt iniuria, hic n. eiuſmodi iniuriã vindicare poteſt *c. 1. de pœnis in 6. l. 8. ff. de appellat.* Eò quod facta iudici iniuria, intelligatur facta Reipubl. *c. cum deſideres & c. dilecto. de ſentent. excom.* III. Epiſcopus de reb. emphyteuticis ipſius Eccleſiæ cognoſcere poteſt. IV. Si cõſuetudo hoc induceret *argum. d. c. 1. de pœn. in 6.* V. Iudex de ſportulis & exceptione incõpetentiæ in ſua cauſa iudicat *l. ſi quis C. de iurisd. l. 2. ff. ſi quis in ius vocat. non ierit.* adeoq; cum de iurisdict. ita eſt contentio, ipſe cognoſcit, pœnamque in contumacem, tam eum qui alienæ iurisdict. ſubiectum eſſe contendit, qui revera ipſi ſubiectus eſt iure ſtatuit *l. ſi quis ex aliena ff. de iud. capit.* Romana de foro competenti: quia eo caſu iudex non tam de ſuo quam Reip. ac populi negotio cognoſcit *l. 12. ff. de iud.* VI. In propria cauſa ius nobis dicere licet vbi iudicis copia haberi non poteſt *l. 1. & 2 C. quando liceat vnicuiq;* Gilken. & Matth. Stephani *in locis ſupra citatis.* Cęterũ, ſicut nemo ſibi & ſuis ius dicere poteſt, ita quoq; nemo ſupra iurisdict. ſuã ius dicere valet *l. fin. ff. de iurisd.* quoniã hactenus pro priuato habetur *l. fin. ff. de iurisd.* Priuatus autem iurisdict. nullã habet. Et iurisdict. quæ certæ rei vel quãtitatis finibus coarctata eſt, ſupra eam quantitatẽ, vel extra eam rem, nulla eſt *l. 1. 3. & vlt. C. ſi à nõ competente iudice*, niſi fortaſſis partes conſenſu ſuo iuris- Litera B.

dictionẽ prorogent *l.2. de iudic. & l.18. ff. de* Lit. C. *iuriſdict.* Illud certũ & expeditũ eſt, quod nõ modo in cauſis ciuilibus, ſed in criminalibus etiã cauſis illi magiſtratus cognoſcant & iudicẽt, ſub quib. reus forũ ſortitur, vnde regula iſta nata eſt, quod actor ſequatur forũ rei, quã regulam manifeſta cõſtitutione Impp. Diocl. & Max. cõfirmant, ita reſcribentes: *iuris ordinem conuerti poſtulas, vt non actor rei forum, ſed reus actoris ſequatur, nam vbi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc poſtea transtulerit, ibi tantum eum conuenire oportet. l.2. C. de iuriſdict.* & Arcad. atq; Honor *in criminali* inquiũt, *negotio rei forũ ſequatur actor. l.* [illegible] *C eod.* In proceſſu Leg. Diſtam. hoc ſingulare eſt, quod nõ actor rei, ſed reus actoris forum ſequi tenetur vid. Lit D. Gail. *1. obſeru. 12.* Sortitur autem reus forũ, vel ratione domicilij, vel ratione contractus, vel ratione delicti commiſſi. Locus domicilij communis eſt omnib. actionibus tam realib. quam perſonalib. ita enim Impp. Valent. Theod. & Arcad. in *l. fin. C. vbi in rem act. [illegible] actor rei forum ſiue in rem, ſiue in perſonam ſit actio, ſequitur.* Vbi p̃ forũ Impp. intelligunt locum domicilij, & Vlp. in *l. 19. §. fin. ff. de iud.* illud, ait, *ſciendum eſt: eum, qui ita fuit obligatus, vt in Italia ſolueret, ſi in prouincia habuit domicilium, vtrobiq; poſſe conueniri & hic, & ibi. & ita & Iuliano & multis aliis videtur.* Hinc ſi incola per multos annos aliquo in loco habitarit, neq; declarauerit, verum perpetuo ibidem verſari velit, ob aſſiduam conuerſationem l. quadam præſumptione domicilium contraxiſſe Qu. 50. videtur. Quanto autem tempore eo in loco verſari debuerit, vt domicilium contraxiſſe præſumatur, non conuenit inter Dd. plerique enim in eam inclinant ſententiam, quod decennium præciſe requiratur, idque ob hanc rationem, quod & alias animi & voluntatis præſumptio decennio inducatur: ſic enim, qui per decẽnium non poſſedit, intelligitur deſiiſſe animum poſſidendi habere *l. ſi id quod. §. fin.* *l. clam poſſidere ff. de acquir. poſſ.* Cui accedit *l. 2. C. de incolis*, in qua Imp. Alex. in hæc verba reſcribit: *Nec ipſi, qui ſtudiorum gratia aliquo in loco commorantur*, domiciliũ ibi habere creduntur, niſi decem annis tranſactis ſedes ibi conſtituerint, ſecundum Epiſtolam Diui Hadriani. Ex quib. verbis relucet, decennio domiciliũ contrahi. Sed ab hac ſententia recedit Menoch. ſtatuẽs, quod tempus illud, intra quod domiciliũ contrahatur, in iure nullibi ſit definitum, & ideo arbitrio iudicis ſit definiendum, iuxta *l. 1. ff. de iur. delib.* Nec cõtrarium elicitur per ſupra adducta fundamenta: nam quod primò aſſerebatur, præſumptionẽ animi induci decennio, id non eſt perpetuum, ſed procedit ſolum in caſib. in iure expreſſis. Nec quicquam facit ad rẽ *d. l. 2. C. de incolis*, ad quã bene reſpondet Menoch. ibi Scholaſticũ qui ſtudiorum cauſa, in ciuitatẽ ſe contulerit domicilium per decennium non intelligi contraxiſſe, quia integrum illud decennium cõceſſum videatur ſtudiorum cauſa; ſi v. elapſo decennio ibi habitauerit, præſumitur ibi velle domiciliũ contrahere, ſi in eo loco ſedes cõſtituerit. Non ergo decennium, quod ſtudiorũ cauſa conceditur, ſed cõſtitutio ſediũ poſt decennium, arguere domicilium eſſe contractũ: ſedium conſtitutionẽ tunc intelligi fieri vel cum maiorem partẽ ſuorum bonorum tranſtulit, vel quãdo ita ſe ibi cõmorari velle declarauit iuxta *l. ciues. C. de incolis l. 2. C vbi Senat. vel clariſſ.* In ciuitatib. Germaniæ au. Gail. loco ab Autore allegato, paſſim incolatum ſeu domiciliũ ex cõſtitutione, vel ſtatuto poſt annũ adquiri: & nõ pati aduenã diutius ibi cõmorari, ſi, lapſo anno, iura ciuiũ retinere nolit: idq; ſummã dicit habere æquitatẽ propter cõmunia onera ciuium.

Quæritur porro, quænã ſint cõiecturę contracti domicilij? Iohannes Za[illegible]gerad quem nos remittit author no[illegible] [illegible]equẽtes ſeptem coniecturas refert & explicat. Quæ. 51.

Primam ac præcipuam coniecturã ait.

Quarto tempore quis domicilium acquirat?

Quænam ſint cõiecturæ cõtracti domicilij.

ait eſſe, ſi quis in aliqua vrbe vel regione larem foueret *l.2.C. vbi Senat. vel clariſſ. larem fouere &c.*

Secundam eſſe ſi reus in aliquo loco maiorem bonorum partem poſſideat *l. 2.* ibi aut maiorem *C. vbi Senat vel clariſſ. l.195. proinde ff. de iud. l.5. §.23 ff. vt in poſſeſſ.* Quod tñ non aliter verum eſſe iudicat, quam ſi ibidem paterfam. ſe inſtruxerit *l. 6. §. viris prudentibus. 2. l eius 27. §. Celſus 2. ff ad municip.* Mãcipiis ſc. ad culturã cuſtodiamq; villæ, pecoribus & aliis reb. q̃ ad inſtructũ poſſeſſionis vel dom⁹ ptinẽt *l.2. C. de bo. vacãt.*

Tertiam coniecturam eſſe, ſi quis venditis, quas alibi poſſidebat, reb. ſuis, in aliã regionem aut vrbẽ cum familia, h. e. tota vel maiori ſubſtantia bonorum, itemque liberis & ſeruis demigrauit, & in ea habitat: *l. in lege 203. de V. ſig. l. nihil. 31. ff. de captiu. & poſtlim. iuncta l. 6. §. viris 2. ff. ad municipal.*

Quartam, ait, coniecturam eſſe, ſi quis aliquo in loco aſſidue, h. e. frequenter habitauerit aut verſatus fuerit. Etſi n. proprie hoc caſu domicilium contraxiſſe quis nõ videatur, cũ ſola conuerſatio & habitatio domiciliũ non faciant *arg. l. 20. iunct. l. 17. §. ſola domus 13. ff. ad municipal.* tamen quoad forum ſortiendum ex hac conuerſatione aſſidua & frequenti, tanquã actu exteriori, intelligitur domicilium ibidem contractum *arg. c. 2. de renunc in ſext. & l. Labeo. 5. ff. ad municipal.* Ex qua ſic colligitur, ſi illi qui negotiantur in pluribus locis ex æquo, domicilium nõ in vno loco, ſed in pluribus, & quidẽ iis, in quibus negotiationem exercent, contraxiſſe dicuntur, propter frequentẽ & aſſiduã conuerſationem: ita, & quidẽ multo magis, pp ipſam cõuerſationem frequentẽ & aſſiduam in aliqua ciuitate & regione debet dici, aliquẽ ibi domicilium conſtituiſſe. Nam propter quod vnumquodque eſt tale illud magis eſt tale: atqui negotiatio pp frequentem conuerſationem in loco, in quo quis mercaturã exercet, argumentũ eſt domicilii cõtracti: multo magis igit ipſa cõuerſatio frequẽs.

Quintam coniecturã contracti domicilii duci, ait, ex eo q̀ quis in aliqua ciuitate ius ciuitatis impetrarit & ibid. habitarit: quãdoquidẽ ſola impetratio iuris ciuitatis domicilium ibid. contractum eſſe non arguit: cum etiam ciuis ſine domicilio eſſe poſſit *l. 27. §. Celſus 2. in fin. ff. ad municip.* Bodin. *lib. 1. de Republ. c. 6. & in method hiſtor. c. 6.*

Sextam coniecturã contracti domicilii dicit eſſe, ſi clericus ſecularis impetrarit beneficium, reſidentiam requirens. Nam cẽſetur domiciliũ in loco beneficii habere, & ibid. forum ſortitur, licet ibid. non reſideat, ſi ſecũ non eſt diſpenſatum ſuper reſidentia *capit. poſtulaſti de foro competenti.*

Septimam coniecturã putat conſiſtere in matrimonio contracto. Vbi n. domicilium habet maritus, ibid. & vxor, ratione matrimonii, habere cẽſetur domiciliũ & forum ſortitur: quod & vidua retinet *l fin. C. de incol. l. fin. §. item reſcripſerunt 3. ff. ad municipal l. 1. §. 2. ff. de lib. agnoſc.* Quod ſi tamen nubat alteri, domicilium mutat & ſecundi mariti conditionem & domicilium ſequitur *d l. fin. C. de incol.*

Ratione contractus aliquis forum ſortitur eo in loco, vbi contraxit *d. l. 19. in fin. ff. de iudic l. ſi fundus. ff. de euict. l. 1. 2. 3. ff. de Reb. dubiis*, & ratio huius eſt hæc, q̀ ea natura contra- & lex ſit obligationis, vt quomodo quidq; contractũ eſt, eodem modo diſſoluatur *l. nihil tam naturale. de R. I.* Proinde qui locus eſt contrahendæ obligationis, idem debet eſſe & diſſoluendæ, conſequenter igitur & petitionis & exactionis. *Lit E. Qu. 52. An ex contractu quis forum ſortiatur in loco contractus?*

Sed huic obiicitur *l exigere 65. ff. de iudic.* cuius hæc ſunt verba: *Exigere dotem mulier debet illic, vbi maritus domiciliũ habuit, non vbi inſtrumentum dotale conſcriptum eſt, nec n. id genus contractus eſt, vt & eũ locũ ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, quã eum, in cuius domiciliũ & ipſa mulier per conditionem matrimonij erat reditura* Hic quæritur de repetitione dotis, quæ mulieri cõpetit ſoluto matrimonio, vbi nam eã inſtituat, vtrum ẽt ibi, vbi matrimonium con-

Digitized by Google

tractum eſt,& vbi inſtrumentū dotale cūſcriptū eſt? Et reſpondetur ibi dotis repetitionē inſtitui nō poſſe. Vnde ſequi videtur, actione, ex contractu deſcendentē, in loco contractus inſtituendum non eſſe.

Reſpondent vulgo, id ꝙ proponitur *in d.l.exigere* ſpecialiter eſſe in dote aduerſus iuris cōmunis regulas receptū, ex ratione quæ addatur in fine eiuſdē legis, quod nēpe vxor ſit reditura ad domiciliū mariti: & ideo intelligatur ibi cōtrahere & cōſentire in ſtatuta illi⁹ loci, ſicut alias quoq; vxor ſequatur forū mariti Bart. Schneidevvin. loco allegat. in theſi Coſtal. *ad d. l. exigere.* Donell.*17.cōm.14.pag.64.* Alii hāc rationē exceptionis huius adferūt, ꝙ licet in loco confecti inſtrumenti dotalis, mulier contraxerit reuera: tñ ex eo contractu mulier migrauerit in aliū locū, vt ita non is locus ſpectari debeat, in quo fuerit reuera contractū: ſed in quē facta ſit migratio. Cuiac. *in com.poſth.ad d l.65.ff.de iudic.* Veruntamē Robert.*1 ſent.4.*negat.*in d.l.65.*vllam exceptionē conſtituendā: quandoquidē ea, q̃ dotis cauſa ſpecialiter ſunt introducta, & conſtituta in mulieris cauſam & fauorē ꝓpendeant, non viri. *per l.1.ff.ſolut.matrim.* Id a. repetitioni dotis nō tā adiumento eſt, vt facilior cōmodiorq; ſit, q̃ impedimento. Rationē aūt Caſtrenſis, q̃ ſequitur & retinet Cuiac. ex eo refutat, ꝙ non ſemp ex eo loco migrēt cōiuges, in quo matrimoniū contraxerunt & dotale inſtrumentū confecerunt, cū contingere poſſit, ſæpeq, cōtingat, vt eo, quo contrahit loco, officium pergulamue habeat. Ipſe igitur Robertus reſpondet, idcirco *in d.l.exigere*, non in eo loco dotē exigi potuiſſe, in quo inſtrumētum cōfectū & dos ꝓmiſſa fuerit: quoniā in illo loco contractus nullus celebratus fuerit: ſiquidē ſola dotis ꝓmiſſio obligationē nullā per ſe efficacem, inducat, ac ni ſubſecutus fuerit re ipſa matrimonii contractus, ea dotis nō obligatio, ſed tm̄ dotis futuræ deſtinatio, vllū effectū pariat, *l. ſtipulationem l.dotis promiſſio.ff.de iure dot. l. itē quia §.1.ff.de pact.* At vero matrimoniū *in d. l.exigere.* nondū fuiſſe contractū, ait Rob. patere ex eo, ꝙ nondū fuerit vxoris facta deductio in domū mariti, ſine qua matrimonium nullum conſumatur: vt ſuo loco dicetur: & hanc rationē liquido & verbis expreſſis indigitaſſe ICtum *in ead.l.exigere. verſ.Nec enim.*

Lit.F.

Qu.53. *Ex delicto vbi nam quis forum ſortiatur?*

Ratione delicti cōmiſſi aliquis forū ſortitur eo in loco vbi deliquit, ꝙ Diui Impp. Severus & Antonin: expreſſe conſtituerunt *in l.1.C.vbi de crimin. Quaſtiones* aiunt, *eorū criminū, quæ legibus, aut extra ordinē coercentur, vbi cōmiſſa, vel inchoata ſunt, vel vbi reperiuntur, qui rei eſſe perhibentur criminis, perfici debere ſatis notū eſt.* Atq; hic locus proprius eſt criminū, in quo vindicentur: ideo autē in loco delicti potius, q̃ alibi crimina perſequi oportet, quia & locus ille delicto violatus eſt & exēplo terrendi ſunt alii, vt à criminib. cōmittendis abſtineant, ꝙ exemplum pœnæ non tam commode ſtatui poteſt in alio loco, quam in quo exemplum delicti cōmiſſi datū eſt.

Et hoc vſq; adeo verum eſt, vt ēt perſonæ, q̃ alias fori priuilegio gaudent, in loco delicti cōmiſſi conueniri poſſint, nec fori præſcriptione ſeſe tueri queant. Sic n. milites in loco, in quo deliquerunt, cōueniendos eſſe, refert Modeſtinus ab Impp. Seuero & Antonin. cōſtitutum fuiſſe *l.3.in pr.de re mil. l.fin.ff.de accuſationib.* Et de Clariſſimis Cōſtantinus Imperator reſcribit, eos in loco delicti cōueniri oportere *l.1 C. vbi Sena: ores vel Clariſſimi.* Hac ratione addita, ꝙ omnē huiuſmodi honorem reatus excludat, quodq; priuilegiū mereatur, qui cōceſſa abutitur poteſtate, nec honos ſeruandus ſit ei, qui honorē non ſeruauit *Authētica qua in prouincia C.vbi de criminib.*

Qu. 54. *An facinoroſi ēt in loco in quo reperiuntur, conueniendi ſint?*

Hic igitur loc⁹ delicti cōmiſſi maxime ꝓprius eſt actionib. criminalib. Sed tñ præter locū delicti cōmiſsi, ēt eo in loco, in quo facinoroſi reperiūtur, cōueniri poſſunt, ꝙ verū eſſe exiſtimo etiā tunc, quando eodem in loco reus domicilium nō habet, ita ſtatuunt Vultei⁹ *ad l.1.C.vbi de crim.n.36.& ſeqq*

Donellus

Donellus *17.com.16.pag.mihi 70.verſ.hucuſq; ergo.* Couarr. *pract.quæſt.cap.11.n.13.*

Probant hãc ſententiã primo per *l. 1.C. vbi de criminib.* in quo loco aperte ſcriptũ eſt: *criminum quæſtiones non ſolum vbi cõmiſſa ſint, aut inchoata crimina, ſed ẽt vbi reperiũtur, qui perhibentur rei eſſe criminis, perfici debere.*

Reſpõdet quidẽ Accurſius & cum ipſo Bartolus: verba illa (*vbi reperiuntur rei*) ſic accipienda eſſe: vbi *reperiuntur domicilium habere.* Veruntamen regerit Donellus: Orationes has: *vbi reperiuntur rei,* & *vbi reperiũtur rei domiciliũ habere,* nihil ꝓrſus habere cõmune: nihilq; amplius q̃ ſi, *vbi reus reperitur* interpretetur quis, *vbi reperitur nauigare, aut fodere, aut inſulam ædificare,* in ſumma nihil omnino, quia fieri poſſit vt aliquis alicubi reperiatur, qui ibi domicilium non habeat, & contra vt alicubi domicilium habeat, qui ibi non reperiatur.

2. Per *l.3.ff.de offic præſid.* in qua ſcriptũ eſt: *in mandatis principum eſſe, vt curet is, qui prouinciæ præeſt, malis hominibus prouinciam purgare: nec diſtingui vnde ſint.* Vt autẽ purgetur malis hominibus prouincia, non fit aliter, inquit Donellus, q̃ prehendendo, de accuſatis cognoſcendo & iudicando, ſic deinde damnatis meritas pœnas irrogando, cum autẽ additur nõ diſtingui, vnde ſint, ſatis ſignificatur etiãſi non ſint inde, vbi accuſantur, ſed alibi domicilium habeant, tamen ibi accuſationem ſubire & ſe defendere debere.

3. Quia idem plane verbis expreſſis ſcriptum eſt de milite deſertore qui quid in prouincia admiſit *in l.3.in pr.ff.de re milit.*

4. Quia *in l.2.C vbi de crimin.agi.* expreſſe dicitur, ibi reum conueniri poſſe, vbi degit, h.e. vbi verſatur.

Huic ſententiæ non aduerſantur, quæ Bartol.& Accurſius in medium adducũt; nam quod *in l.in criminali C. de iuriſdict.* dicitur, *in criminali quoque negotio accuſatorem rei forum ſequi debere*: at v. inquiunt, forum rei eſt, vbi is domicilium habet.

Ad hoc reſpondet Donell. *in criminib. etiam forum rei eſſe vbi is reperiatur, ſi & ibi accuſetur.* Non enim vnum aliquem rei forũ dici, ſed omnem in quod reus conuentus appellatusue apud iudicem eius loci ſe defendere cogitur: quia alioquin non recte ageretur cum reo in eo loco, in quo contraxerit: ſic enim diceretur actori, eum non ſequi forum rei. Nunc a. ibi recte agi conſtare, ait Donell. eoq; & ibi forum eſſe rei, quod recte actor ſequatur, non alia de cauſa, quam quod reus ibi ſe defendere debeat: iam vero expeditum eſſe ex *l.1. C. vbi de crim.* reum non ſolum cogi ſe defendere de crimine, vbi admiſerit, ſed etiam vbi reperiatur: vbi reperiatur, ſimpliciter, omiſſa quæſtione vnde ſit *d.l.3.*

Sic ẽt nõ aduerſatur ꝙ domiciliũ dicitur eſſe forũ rei: ſeu ꝙ idem valet, ibi criminis cauſam cognoſci oportere, vbi reus degit.

Nam & ad hoc reſpondet Donellus: non ſolum ibi reum habere forum; alioquin cætera loca nõ fore eius forum ac ne quidẽ locus, vbi delictũ cõmiſſum eſt. Deinde ex eo ipſo ꝙ dicitur, reũ ſortiri forũ eo in loco, vbi degit, hoc ſic explicandum eſt, vbi verſatur, vbi cõmmoratur, ſeu reperitur; vnde & in hũc eũdẽ ſenſũ adeoq; ad noſtrã ſententiã confirmadã hũc textũ adducit Vulteius. Nõ n. admittimus vocẽ (degere) hoc loci ſignificare idẽ ꝙ domicilium habere. Pari modo nihil obſtat, ꝙ nulla videatur res aut cauſa eſſe, quæ reũ ſubiiciat iuriſdictioni eius loci, in quo reperitur, ſi ibi nec maleficium admiſit, nec domicilium habet. Reſpondetur n. vtilitatem publicã & vigorẽ Reipubl. qui cõmemoratũ *in l.locatio §.quod illicite ff. de publ.* hoc exigere, ne maleficia ſint impunita, & vt tranquillæ ſint ꝓuinciæ ab improbis & maleficis hominib. *l ita vulneratus ff.ad l Aquil.l.3.ff.de offic.præſid.* Deniq; nõ reſiſtit *L. 2.C.de iuriſd.* Nã bene reſpondet Vulteius eã plane huc nõ pertinere, vt quæ de cauſis ciuilib. loquatur, non de criminalibus.

Qu. 55. *An reus ad locũ delicti ſit remittẽdus?*

Quãquã vero delinquens cõueniri poſſit in eo loco vbi reperit, tamẽ ſi iudex & magiſtra-

magiſtratus illius loci, vbi delictũ cõmiſſum eſt, ad ſe remitti petat facineroſum, remittendũ eſſe, cõmunis eſt & conſtans Dd. opinio. Et ita Donell. *17. Com 16 pag. 71.* Couarr. *pract q. 11. n. 3. iuncto n. 4. verſ. Secundo.* Farinac. *lib. 1. prax. crim. tit. 1. q. 7. nu. 1. & 2.* Rauchar. quæſt. *fin. part. 1. n. 9. & ſeqq.* Fachin. *9. contr. c. 19. & ſeqq.* Theſſaur. *deciſ. Pedemont. 90. n. 4. & 6.* Vult. *ad l. 1. C. vbi de crim. n. 31.* Weſenbec. *in partitl. de Accuſat. n. 7. & 8.* Matth. Stephani *c. 30. n. 14. & ſeqq.*

1. Per textum *in l. 3. de re militari l. 28. §. famoſos 15. ff. de pœn. l. ſi cui 7. §. idem Imperator 4. l. fin. de accuſat. Nou. 60. c. 1. Nou. 134. capit. 5. c. 1. extr. de raptor. cap. fin. de foro competenti. Clem. paſtor. de re iudicat c. ſi peccauerit 2. q. 1. c. 1. de priu. in ſext. cum ſimil.* vbi iudicibus habitationis vel originis ſub certa pœna iniungitur, vt delictorũ iudicib. euocantib. & repoſcentib. reos, morẽ gerant eosq; ad delicti locum remittant. Rauchb. *d n. 19.*

2. Quia maxime intereſt Reipubl. ſcelera eo in loco publice puniri, in quo fuerint perpetrata, propter exemplũ, vt qui nondum deliquerunt à criminib. abſtineant, delinquentiũ punitione deterriti *l. capitaliũ § famoſos ff. de pœn. Cle. 1. de offic. Ordin. c quapropter 2. quæſt. 7.* Et vt ibi extet exemplum pœnæ, vbi exemplum culpæ extitiſſet Weſenb. *d. n. 7.*

3. Quia Reſpublica, in cuius territorio delictum eſt perpetratum, abſq; dubio ſpeciali iniuria afficitur, vt conſtat cũ magiſtratus illius maxime offendũtur, quib. conuenit prouinciam malis hominib. expurgari, ne ab his quieta hominũ vita illius Reipubl. quę illis extitit delegata, paſſim turbetur. Et ideo par eſt vt his iudicib. cõueniat eorũ criminum punitio, vt publica fiat vindicta & deniq; ſatisfactio Reip. quę læſa fuit, vtq; in ea tutior ſit inter improbos innocentia *l. 3. l. congruit ff. de offic. præſid cap. facta ſunt leges 4. diſtinct.*

4. Quia punitio ſcelerum, admodum neceſſaria Reip. facilius fit, ac cõmodius de criminis authore diſcutitur, ſi ea cauſa in loco delicti cõmiſſi examinetur: nam alibi ſi foret examinanda, quotidie manerent ſcelera impunita, ꝑpter occultam autorũ cognitionẽ, quæ difficilime poſſet in lucẽ prodire, ſi in loco delicti nõ ageretur de criminis eiuſdem punitione, quod ſatis conſtat & notatur *in § conſiderantes. authent. vt omnes obedient iudic.*

Quia iniuriã paſſi, & coacti eius publicã vindictã in alieno territorio proſequi, præſertim apud iudicem illius loci, cuius incolæ ſunt & in quo domiciliũ habẽt delinquẽtes, omitterẽt ꝑfecto publicã iſtam vel priuatã accuſationem, quã proſecuturi ſunt multis expenſis in eo loco, vbi hi qui iniuriam intulerunt, amicos & cognatos habent, atque ideo parum eſſent tuti, nec ita certi de iuſticiæ miniſterio.

Quanquã Bartol. & alii aſſerant, remiſſiones illas delinquẽtium apud Italos hodie in deſuetudinẽ abiiſſe, pſertim in diuerſorũ dominorũ ditionib. & ꝓuinciis.

Quin ẽt Rauchbar. Weſenb. & Andreas Gail. teſtãtur, in Germania quoq; experientia atteſtãte, inter Romani Imperii & ſtatus atq; eorundẽ ſubditos, has remiſſiones hoc tẽpore minus frequẽtari, præterquã quod principes quandoq; vltro & ſponte ſua, ſeu ex vrbanitate aliis principibus, remiſſionẽ petẽtib. de ea ſignificare ſoleant, ſi prius p ſcripturã cauerint, nihil p hãc remiſsionẽ, quã nõ iure ſed precib. obtinuiſſẽt, iuriſdictioni vel ſuperioritati ipſorũ derogatũ iri, ſeq; in caſu ſimili idẽ facturos eſſe.

In terris Saxonicis, ait idẽ Rauchbart, ex peculiari principis ſanctione, quã habeatur *inter Ordinat. prouinc ſub tit daß mann die vbelthäter, ſo in Emptern verbrochen oder entvveder vviderumb in die Empter folgẽ laſſen ſoll,* remiſsio illorũ neceſſario fieri debere ad locũ delicti, ſi in pfectura principis crimẽ admiſsũ ſit; quod tñ putat pdictus Dn. Rauch. in illo tñ caſu obtinere, ſi videlicet iudex delicti ſit ſimul ſuperior iudicis habitationis magiſtratus: nõ ſi à minore vel pari remiſsio poſtuletur: quandoquidem par in

parem

parem poteſtatem non habeat & multo minus inferior in ſuperiorem *l.3.& 4.ff.de recept.arbitr.l eſt receptum 14.ff.de Iuriſdict.*

Sed quid ſi iudex remiſſionẽ petens nõ ſit ſub eodem principe, ſub quo eſt iudex à quo remiſſio petitur, anne remiſſio neceſſario erit facienda? Negant Couarruu. *pract.q.c.11.n.10.* Farinac. *tit.de inquiſit.q.7.n.27.*

1. Quia hanc conſuetudinẽ vniuerſalẽ eſſe, aiunt Interpp. ſententiamq; cõmuni totius orbis Chriſtiani vſu & praxi receptam vt non fiat remiſſio, quin iudex requirens & requiſitus ſunt diuerſi principatus & Imperii.

Reſpondet quidẽ Fachin. *9.contr.23.* cõſuetudinem hanc eſſe irrationabilem quia contra omnem iuris rationem ſit, vt delinquentes non puniantur, aut puniantur ab aliis, quam propriis iudicibus: quorum vtrumq; admodum ſit inconueniens: prius quidem, quia aduerſatur Reipubl. cuius intereſt delicta non manere impunita: poſterius autem: quia ſi iudex, qui remiſſionem denegat, nullam habet, in delinquentẽ iuriſdictionẽ, nec ratione originis, nec domicilii, nec delicti, quomodo (inqt Fachin.) in reum poterit animaduertere?

Regerit ad primum Farinacius: non abſurdum eſſe ſi reus in hoc caſu non puniatur: quia non deficiat ius ſed iuriſdictio. Ad ꝙ rurſus Fachin. non, ait, iuriſdictionem deficere iudicis qui remiſſionem petat: ſed fieri contra ius cum remiſſio denegetur. Reſpõdet igitur Couarruu. quoties remiſſioni locus non eſt, teneri iudicem priuato læſo & accuſanti delinquentem punire: nec poſſe ab hoc iure excuſari cõſuetudine quacunq;, nec alia humana lege, cum & hæc iniqua foret & naturali rationi refragaretur. Nec ad rem facit quod iudex non poſſit animaduertere in delinquentem, in quem iurisdictionem non habeat; quod erat alterum Fachin. fundamentum. Nam imo inquit Couarr. etiam extra locum domicilii aut delicti commiſſi poſſe crimen puniri, vbi delinquẽs ſit vagabũdus vere vel ex pſumptione, quia ſuſpicio ſit ipſum in locum domicilii non migraturum intra breue tempus à quocunque iudice illius loci, vbi morã fecerit, aut per quem tranſiuerit viator. Id ꝙ valde cõfirmant hæ rationes. 1. Quod dum offenſus agit ad ſatisfactionem iniuriæ & læſionis, quam iure naturali teneatur offendẽs omnino impendere; tunc illius ſatisfactionis debitor ſit, vt & pecuniæ alioqui debitæ eſſe poterat. Nemo a. inficiabitur, debitorem hũc poſſe, cum in fuga ſit, vbique conueniri, ergo & delinquens ratione ſatisfactionis, ſi remiſſioni locus nõ ſit: deinde tenetur quilibet princeps, ſeu iudex ius vnicuiq; petenti reddere, cũ hoc ſit munus iuſtitiæ, à lege naturali, q̃ vbiq; vim hãbet, manifeſte ꝓcedẽs.

Quod, ſi quis dixerit hoc verum eſſe, ſi ſit iudex competens illius, contra quẽ agitur: facile id cõcedi poteſt; modo & illud detur, in ſpecie, quam tractamus, hunc iudicem competentem, vt verum eſſe, cum ex culpa rei non poſſit offenſus eum apud proprium iudicẽ deferre, cum fugitiuus ſit. Sed etſi ad pœnã criminis agatur, quæ non pertineat ad offenſi ſatisfactionem, ſaltẽ eam, quæ iure naturali ei debetur ab offendente, videndum an totius Reipubl. vniuerſalis interſit crimen hoc ꝙ defertur puniri. Nec n. hoc obtinebit in quibuscũque criminibus, ſed tamen in illis, q̃ adeo atrocia ſunt, vt eorum impunitas propter ſcandalum graue, exemplum inſigne vel ſuſpicionẽ repetendi ſceleris ſit toti Reip. detrimentum allatura Couarr.

Mouentur præterea huius ſententiæ patroni etiam hac ratione, quod non ſit princeps aliquis, qui poſſit compellere iudicem requiſitum ad remiſſionem, cum non ſubſit vterque iudex vni principi.

Verum ipſe Couarr. agnoſcit argumẽti huius imbecillitatẽ. Nã ſi alioqui, inquit, teneretur iudex requiſitus remittere, hęc ratio parũ vrgeret, cum poſſet cogi ab alio principe, cui iudex ipſe reqſitꝰ ſubditꝰ eſt.

Lit. G. Qu. 56. *An ſi in loco domicilÿ nõ ſit res ſita, actio in rem nihilominus ibi institui poßit?*

Inſuper forum ſortitur reus ratione rei litigioſæ eo in loco, in quo res litigioſa ſita eſt, ſi de proprietate, vel poſſeſſione ſit cõtentio, ſed vtrum in loco etiam domicilii inſtitui poſſit actio in rem ſi alibi res litigioſa fuerit ſita, quæſtio eſt non expedita? Mihi videtur Vultei ſententia veriſſima, aſſerentis in loco domicilii actionem realem inſtitui poſſe, etſi res ibi nõ fuerit ſita.

Quæ ſententia confirmatur *l. final. C. vbi in rem.* in qua Impp. in hæc verba reſcribunt: *Actor rei forum, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſit actio, ſequitur. Sed & in quibus res propter quas contenditur, conſtitutæ ſunt, iubemus in rem actionem aduerſus poßidentem moueri*: in quib. verbis duo reſcribũt Impp. prius eſt, actorem rei forum, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſit actio, ſequi: hoc a. forum indubitate eſt locus domicilii, ſiquidem forum ibi ſignificat locum, qui & actioni in rem & actioni in perſonam conuenire poteſt: is autem non eſt alius quam forũ, quod quis ſortitur ex loco domicilii: ex loco enim, in quo res eſt cõſtituta, forum quis nunquam ſortitur in actione perſonali: poſterius eſt, quod actio in rem, etiã in eo loco moueri debeat, in quo res eſt conſtituta; adeoq; ex priori, in rem actio hoc cõmune habeat cum actione in perſonam, quod poſſit, ſicut hæc, in loco domicilii moueri: hoc a. ex poſteriori habeat proprium actio in rem, & amplius, quã actio in perſonam, quod ita inſtituatur in loco etiam alio, quam domicilii, nempe in loco rei ſitæ. Atq; hanc ſententiam plane euincit aduerſatiua poſterioris partis huius reſcripti, cum inquiunt Impp. *Sed & in locis*, quam aduerſatiuam res diuerſas connectere atq; includere certum eſt.

Reſpondet quidem Donell. id quod initio legis generaliter ſit dictum, ſtatim poſtea temperari in actione in rem: ad hãc ſententiam, vt actor in omni actione ſequatur forum & domicilium rei; ſed ita, dum ſi in rem agitur, etiam res de quibus controuerſia eſt, ibi conſtitutæ ſint, vbi agitur: adeoq; in domicilii loco agatur actione in rem, modo & res petitæ ibi ſint. Quod ſi res petitæ alibi fuerint, iubere imperat, in his locis, & non alibi, in rem actionem moueri. Neq; ſe moueri ait Donellus, aduerſatiua: (*ſed &*) nã illam non ad proxime ſubſequentia referri, vt plura loca includerentur, ſed ad verbum remotius (*iubemus*) vt plura ſolũ iuſſa includantur.

Inſtant) Verum regerit Vulteius; plura quidem iuſſa *in d. l. fin.* contineri: ſed illorũ prius actioni in rem & actioni in perſonã eſſe cõmune: poſterius ad ſolam actionẽ in rem, de qua ex profeſſo in illo titulo inſtituta ſit tractatio, pertinere. Et præterea nihil opus fuiſſe priori iuſſu, ſi vnus tantũ ſit locus in quo quis conueniendus eſſet actione in rem, cum poſterius ſuffeciſſet, præſertim quod Imperatorib. quæſtio eſſet propoſita de foro nõ promiſcue actionum omnium, neq; ẽt de foro actionis in perſonã; ſed de foro actionis in rem. Nec porro iuuare, ait, Donellũ iſtud, quo vtitur, ſubterfugiũ, quod poſſit quidẽ poſſeſſor in loco domicilii, tametſi ibi res conſtituta non ſit, conueniri; ſed non cogi reum ibi actionẽ accipere; nam ita in quocunq; loco actori permiſſum foret quẽ cõuenire, vt ex euentu demũ, volũtate nimirũ rei cõuẽti depẽdeat, an eo in loco vbi cõuenitur iudiciũ ſuſcipere velit nec ne, niſi ſit locus à iure iuſſus: atqui hoc nuſquam eſt ſcriptum, & v. omnis de fori competentia doctrina per id incerta redderetur.

2. Per *l. vnic. C. vbi de hereditate agatur*, in qua ſic reſcribunt Impp. *Illic vbi res hereditarias eſſe proponis, heredes in poſſeßionẽ rerum hereditariarũ mitti poſtulãdũ eſt: vbi a. domicilium habet, qui cõuenitur: vel ſi ibi vbi res hereditaria ſita ſunt, degit, hereditatis erit controuerſia terminanda.* Vnde haud obſcure colligitur petitionem hereditatis, quę & ipſa in rem & vindicatio eſt, poſſe in loco domicilii inſtitui, quamuis res ibi ſita nõ ſit.

Reſpondet Donell. diuerſam rationem eſſe rei vindicationis & petitionis hereditatis.

Google

ratis: petitionẽ namq; hereditatis eſſe de hereditate, adeoq; de iure: rei vindicationẽ a. de re corporali: porro rẽ vniuerſalẽ, tã-quã in corporalẽ, nuſquã eſſe: corporalẽ v. alicubi eſſe: proinde de hac, vtpote certo loco cõſtituta, eodẽ etiã agi debere: de illa v. vt quæ certo loco nõ ſit, in domicilii loco agendũ, ad eundemq; recurrẽdum neceſſario eſſe. Inſtat Vulteius; illud ꝙ aſſumit Donell. rem vniuerſalem, vtpote incorporalem, nuſquã eſſe, falſum plane & confictum eſſe. Nã etiãſi, ſi de hereditate loquamur in theſi, ſiue in abſtracto, recte dicatur ipſam nuſquã eſſe, ꝙ nõ tñ in hereditate; ſed etiã in quibusuis aliis iuribus locum habet; tñ ſi ad hypotheſin deſcendatur, Donellum inficiari non poſſe, quin ius illud, ꝙ appellatur hereditas, ſit in reb. atq; vt extra illa nuſquã eſt, ita in illis reſideat, vt vbicunq; ſunt res hereditariæ, vna atq; altera, vel etiã omnes, ibi ſit etiam hereditas, ꝙ vel ex eo ſatis cõſtet, ꝙ de re etiã ſingulari, haud minus atq; de vniuerſitate rerum, ad hereditatem pertinentium, hereditatis petitio detur. *tot. tit. ff. ſi pars hered. pet*. Et ſi res hereditariæ omnes ſint in eodem territorio, hereditatem quoq; ibi eſſe dicendum foret; quomodo Impp. *in l. vnic. C. vbi fideic. pet. oport.* certo loco hereditatẽ relinqui & certo loco peti reſcripſerunt. *Et in tit. vbi de heredit.* ibi hereditatem, vbi ſunt res hereditariæ, peti volunt, eo ꝙ ipſa nuſquã ſit, niſi vbi res ſint, in quib. hoc ius eſt, quod dicitur hereditas: atque inde nõ tm̃ loci domicilii, ſed etiã loci, vbi res hereditariæ ſunt, meminerunt, cuius poſterioris loci mentio omnino eſſet ſuperuacua, niſi pter locũ, domicilii ẽt locus eſſet alius, nimirum rei ſitæ in quo agi poſſet.

3. Per *l. ſi res mobilis 10. & ll. ſeqq. ff. de R. vindic.* in quib. locis de re mobili, quoad domicilii locum aperte ſcriptum eſt, & quoad locum rei ſitę *in l. quod legatur 38. ff. de iudic* & *authent. qua in prouincia C. vbi de crim. & l. fin. C. vbi in rem act*. Pro contraria opinione adducit Donell. primo *l. fin. C. vbi in rem act.* in qua iubent Impp. actionem in rẽ inſtitui in loco vbi res ſita eſt: *Iubemus*, inquiunt &c. Vnde ſic infert Donell. Qđ iubetur lege, id nõ cõfertur in arbitrium; ſed iuſſum facere neceſſum eſt, vt ipſi liberum non ſit mutare aduerſario inuito, cũ hæc ſit legis poteſtas, vt ei omnes parere debeant *l. 2 ff. de ll.* & quotiens alicui datur actio certa lege, tũ, niſi is agendo certã legẽ ſeruet, denegatur agenti actio *l. metus. § pœna. ff. de proc* Atqui *d. l. final.* iubet actionem in rem moueri in iis locis, in quibus res ſunt ſitę. Ergo nõ eſt collatũ in arbitrium actoris actione in rem alio loco agere neceſſe habeat. Reſpõdet Vulteius: ꝙ ita iubetur, vt ipſum ſolũ pro iure obſeruari debeat, id omnino eſſe obſeruandũ, & nõ aliud. Solũ a. locũ, in quo res eſt cõſtituta, non eſſe actioni in rẽ attributũ, ita vt in alio inſtitui nõ poſſit, inuito reo, cõuento: ſed aperte aliũ, videlicet domicilii eſſe ib. actioni in rẽ aſſignatũ. Neq; etiã rarũ eſſe dicit, vt duo iubeantur alternatiue, quorũ vnũ ſi fiat ſatis fiat ei, ꝙ iuſſum eſt: & ſicut iuſſerint Impp. vt actio in rem eo in loco, vbi eſt res cõſtituta, ipſa intentetur ita iuſſiſſe ẽt, vt actor ſequatur in actione in rem forum rei i. e. domicilium ipſius, ita vt ſiue in hoc, ſiue in illo poſſeſſorem conueniat, iuſſui paritum dicatur.

2. Per *l. quod legatur 30 Digeſt. de iudic.* vbi Iuriſconſultus Licinius. *ſi autem inquit, per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, vbi res eſt.* præciſe igitur in loco rei ſitæ actio in rem debet iuſtitui. Reſpõdetur primo hunc textum nõ monſtrare vbi conueniendus ſit poſſeſſor actione in rem: ſed vbi res petita ſit reſtituenda quæ ſane diuerſa ſint. Deinde ICtum loqui de ſui temporis iure, quo ob formulam, in realibus actionibus conſuetam alibi non potuerit agi, quam in loco rei ſitæ: ꝙ ius hodie, formulis ſublatis, etiam exoleuerit, ac proinde vitio & incuriæ Triboniani adſcribendum, qui ius vetus & exoletum hic retulerit.

3. Quia ſi de poſſeſſione non poteſt alio in loco agi, quã vbi res ſita eſt, de cuius poſſeſſione agitur *l. vnic. C. vbi de poſſ.* ſequitur vt de ꝓprietate actione in rẽ nõ poſſit alio loco, q̃ vbi res ſita eſt agi: ratio eſt, qa hæc iudicia, petitoriũ ſc. & poſſeſſoriũ ita sũt cõiũcta, vt apud quẽ actũ eſt de poſſeſſione, apud eundem etiãde proprietate agi oporteat *l. nulli. C. de iudic.* Et præterea actione in rem petatur quoque rei poſſeſſio *l. officium l. qui reſtituere. ff. de R vind.*

Reſpondet Vulteius: etiam actione in rẽ de poſſeſſione agi poſſe in loco domicilii: ex quo in contrariũ infert: ergo & de proprietate eodẽ in loco poſſe agi.

4. Quia litigatores multis expoſiti eſſent incõmodis, niſi ibidẽ vbi res eſt agatur: nam primũ, pendente iudicio, cauſa alibi expediri non poteſt, aut certe nõ ſine manifeſto incõmodo vtriuſq; litigatoris: quia interdũ veniẽdum eſt in rẽ præſentẽ, vt cognoſcatur de finib. & ſciatur qd quãtumue petatur: interdum exhibenda res mobilis. At nihil horum fieri põt niſi in re pſenti: proinde & in eo loco, vbi res eſt de qua agitur. Præterea in iudiciis, q̃ ſunt de poſſeſſione & proprietate, quis & quãdiu poſſideat, ſæpe incidit q̃ſtio: at poſſeſsio non põt ꝓbari, niſi teſtibus: non a exteris: ſed vicinis & incolis ei⁹ loci, vbi res ſita eſt: de cuius poſſeſsione contenditur: aut ſi exteris omnino probanda eſſet, fieri id oporteret magnis ſumptib. Deniq; ipſe ẽt iudex qui alibi de poſſeſsione aut ꝓprietate cognoſcit, q̃ vbi res ſita eſt, ſententiã ſuã tueri non põt, vel actori, vel Reo. Nã ſi ſecũdum actorem iudicabit, curare debet vt illi poſſeſsio reſtituatur *l. qui reſtituere ff. de R. V.* Si ſecundum reũ, curare debet, vt eum aduerſus vim in poſſeſsione tueatur: at hoc non põt is, cuius in territorio res ſita non eſt. Cum is ſolus poſsit iubere poſsidere, cuius ad cura pertinet res, de qua agitur *l. cum vnus §. fin. ff. de reb. dub.*

Et licet ſententiã, alibi dictã, exequi poſſit is magiſtrat⁹, in cuius territorio res ſita eſt *l. à diuo §. 1. ff. de re iudicata*, tñ de eo iudice nunc nõ quæritur: ſed de eo agitur, qui alibi iudicat, quam vbi res conſtituta eſt, quæriturque quid is poſſit, ad eius iudicii & ſententiæ executionem.

Reſpondet Vulteius *ad l. 1. vbi de poſſ. nu. 49.* incommoda, quæ litigatores ſentiant ex eo ſi in loco etiã domicilii agatur, plane eſſe fortuita: ex fortuitis a. ll. non conſtitui. Deinde incõmoda illa magis eſſe actoris, vt abſurde exinde arbitrio rei relinquatur, ꝙ ipſius non intereſt, ſed intereſt actoris, qui ſibi imputet, ꝙ cum tanto ſuo incõmodo experiri poti⁹ voluerit in loco domicilii q̃ ĩ loco rei ſitę. Quinimo & ipſi poſſet ẽe cõmodi⁹, vt in loco domicilii ſui cõueniat, q̃ in loco rei ſitæ, q̃ pręſupponit̃ eſſe extra locũ domicilii, idq; fieri põt plurimis modis: atq; ſi cõparẽtur incõmoda loci domicilii cũ incõmodis loci rei ſitæ: plerumq; hæc ſunt illis maiora: vt ſi ex incõmodo res ęſtimãda ſit, eo ipſo certa definitio *in d. l. fin. vbi in rem & l. 1. C vbi de poſſ.* ꝓpoſita euertatur. Quod a. Donellus in altero mẽbro rationis ſuæ ex poteſtate iudicis aſſumit, iudicem alibi, quam vbi res eſt ſita exitum inuenire aut iudicẽ ſententiã ſuã exequi nõ poſſe facile refellitur ex eo, ꝙ licet per ſe ipſum non præſtet id iudex, in cuius territorio res ſita non eſt, vt ſententia ſua executioni mandetur: præſtare tamen id poteſt per alium. Sententiã n. alibi dictam poſſe exequi magiſtratum eum, qui ſententiã non tulit, aut in cuius territorio res ſita eſt, nimirũ ab eo, q ſententiã dixit, requiſitum, textus eſt *in l. pen. ff. de iuriſd. l. 15. ff. de re iudicat.* Quod ſi is requiſitus executionem facere nolit aut nõ poſſit, ſuperior omnium adiri poteſt.

Deniq; ſi alicuius iudicis territoriũ ſit diffuſum, ita vt omni loco ſedere ipſi ſit impoſſibile, neceſſum erit ob rationem modo à Donello allatam, ad euitanda prędicta incommoda in pagis ſingulis ſingulos iudices cõſtitui. Ratione rei porro, vbi ſita eſt, forũ reus ſortitur, etſi Clericus ſit. Atque ita ſtatuunt Cuiac. *ad capit. 5. de foro competent.* Zanger. *de Except. part. 2. cap. 1.*

Qu. 57. *An Clericus forũ ſortiatur ex loco rei ſitæ?*

Digitized by Google

cap.1.nu.159.& ſeqq. Matth. Stephani *d lib.1. de iurisd.cap.31.n 1.& ſeq.* Gail.*1.obſeru 3.n.4.* Mynſing.*1.obſ.22.nu.2.*

1. Quia cum rei vindicatione agitur aduerſus clericum, non trahitur in iudicium ipſa perſona Eccleſiaſtica, quæ obligata nō fuit; ſed res ipſa de qua agitur § *omniũ Inſt. de act.l. ſed & loci §. ſi alter fundus fin. reg. ibi:* quoniã magis fundo, quã perſonis adiudicari fines vel partes intelliguntur *l qui aliena § fin. ibi ſentētia prædio datur ff. de neg. geſt. Authen. Clericus ibi quod natura cauſæ vel alia ratio C. de Epiſc & Cleric.*

2. Per *capit.5 de foro competenti.* vbi Pontifex *Si Clericus*, inquit, *Laicũ de rebus ſuis vel Eccleſiæ impetierit; & laicus res ipſas non Eccleſiæ eſſe aut clerici; ſed ſuas proprias adſeuerat, debet de rigore iuris ad forenſem iudicem trahi: cum actor forum rei ſequi debeat.*

3. Atque teſte Gailio, hæc ſentētia ſæpe fuit in Camera Imperiali obſeruata.

Litera H. Inſuper forũ ſortitur quis ratione cauſæ quæ in iudiciũ deducitur: cauſæ ſiquidē Eccleſiaſticæ corã iudice eccleſiaſtico *tot. tit. de foro competent.* tractari debet, vt *infra diſp.12.* pluribus dicetur. Feudales v. cauſæ, vel corã domino feudi, vel coram paribus curiæ agitari debent, vt docui in *tr. feud. c. vlt.* Sed vtrum reconventio coram paribus curiæ, in cauſa non feudali, locum habeat dicetur infra *in diſp.25.*

Litera I. Poſtremò forũ ſortitur aliquis ratione continentiæ cauſæ, quæ diuerſionē nullã admittit de qua infra in *diſput.12.*

RESOLVTIO THESIS NONÆ.

Litera A. Qu.58. *An in locum contractus ſit remittendus, qui alibi reperitur?*

CVm in præced. theſi oſtenſum fuerit, in delictis remiſſioni locũ eſſe quæritur, anne eadē remiſſio locum ſibi vindicet in contractib. ſic, vt qui aliquo in loco contraxit, ſit ad locũ contractus remittēdus, ſi alibi verſetur? Negatiua veriſſima eſt, & communiter approbata, & primò fundatur in *l.2. § 4. ff. de iudic.* in quo loco verbis diſertis Vlpianus ſcribit: *Omnes iſtos* (de quibus in præcedentibus locutus erat) *domum reuocare ſi non ibi contraxerint, vbi conueniuntur.*

2. Per text. in *cap.1.§. contrahentis ff. de foro competente*, in quo Pontifex in hæc verba reſcribit: *Contrahentes vero aliarum diœceſium ſuper contractibus initis in Remenſi diœceſi ab iisdem (niſi inveniantur ibidem) trahere coram ſe non debent inuitos: licet in poſſeſſionē bonorum, quæ ibi habent, etiam cum alibi ſui copiam faciunt, ſi illorum auctoritate citati comparere contemnant, poſsint miſſionē facere contra eos: vel ſi etiam malitioſe ſeipſos occultent ne citatio perueniat ad eoſdem decernere faciendam in poſſeſſionē bonorum quæ in alia etiam diœceſi obtineri noſcuntur: ſed tunc loci diœceſanum ad denunciationum ipſorum facturum huiuſmodi miſsionem.* Ex quibus ſane fundamentis liquido apparet in contractibus non fieri remiſſionem neq; à loco domicilii, vel vbi reus verſatur, ad locum contractus; neq; à loco contractus ad locum domicilii, ſeu in quo reus verſatur.

3. Accedit ꝙ ex contraria opinione ſequeretur, iudicē loci cōtractus eſſe huius cauſæ competentē iudicem poſſeq; eam per ſententiã definire & in ea procedere, licet ipſe, qui contraxit non inueniatur in loco contractus, quod eſt contra *dict.c.1.§. contrahentes, de foro comp in 6.*

4. Accedit ꝙ ratio illa, ob quã remiſſionem in delictis admittendum eſſe dictum eſt, in contractib. penitus deficiat: ceſſante a. ratione ceſſat quoq; iuris diſpoſitio.

Qui contrariæ patrocinãtur ſententiæ, nituntur *c.1. de priuileg. in 6.* nam inde, quod quis priuilegiũ impetrauit, vt non niſi ſub certo iudice, ratione cōtractus aut delicti reſpondere cogatur; colligũt, ceſſante tali priuilegio, reũ etiã in loco cōtractus cōueniendũ eoq; remittendũ, ſi nō ibi inueniatur. Sed rectè Zanger. reſpondet ex argumēto *d.c.1.* non hoc colligi poſſe ꝙ reus in loco contractus conuenire debeat, & ſi non ibi ſit, eò remitti debeat, ſed hoc ſolũ quod ſi ibi inueniatur, conueniri poſſit.

· Non reſiſtit quod actor reum ad ſuum forum poteſt reuocare *Nov.53.c.1.& 2.*

Reſp.n.cum Gothofr.autor noſter,aliã rationem eſſe in actore,cui onus probandi præriperetur,ſi alio in loco, quã in quo contraxit,agere compelleretur.

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.

Litera A. EX hactenus dictis liquet, quod vnuſquiſque cum quo res eſt,corã ſuo iudice, & nõ alio ſit cõueniẽdus: nec iuriſdictiones ipſæ nec earũ ordo ſit confundendus.

Cæterũ Conſt. Imp. in perſonis pupillorũ, viduarũ & aliis miſerabilib. hoc ſingulariter cõſtituit, ne à ſuo iudice ordinario auocari poſſint ad principem ipſiusq; curiam, cum alii ad Imp. ab ordinario iudice reuocari poſſint: verba cõſtitutionis hæc ſunt: *Si contra pupillos, vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos debiles impetratũ fuerit lenitatis noſtræ iudiciũ: memorati à nullo noſtrorũ iudiciũ compellantur comitatui noſtro ſui copiã facere: quinimo intra prouinciã, in qua litigator & teſtes vel inſtrumẽta ſunt, experiantur iurgandi fortunã: atq; omnis cautela ſeruetur, ne terminos prouinciarũ ſuarũ cogãtur excedere. Quod ſi pupilli vel viduæ, aliiq; fortunæ iniuria miſerabiles iudiciũ noſtræ ſerenitatis obtauerint, præſertim cũ alicuius potẽtiã perhorreſcunt: cogantur eorũ aduerſarii examini noſtro ſui copiã facere. l.vnic. C.quãdo Imperator.*

Qu.59. An miſerabiles perſonæ priuilegio d.l.vnic. renũciare poſſint? De hoc igitur priuilegio quæritur, anne miſerabiles perſonę ei renũciare poſſint? negat auth. noſt. quem ſequuntur Matth. Steph.*d.lib.1.de iuriſd.c.31.n.38.* Schr.*tr.feud. part.10.c.2.n.36.* 1. Quia non ipſarũ perſonarũ miſerabiliũ gratia beneficiũ h.e.conceſſum; ſed magis dantis cauſa, miſerationis ſcil gratia. 2. Quia renunciatio miſericordiæ, cuius fauore hoc priuilegiũ nititur, bonis moribus aduerſari cenſetur.

Verum, his rationibus non obſtantibus, rectè ſtatuunt Accurſ. & Vultei. miſerabiles perſonas huic ſuo beneficio renunciare & ad curiam Imperat. ire poſſe.

Pro qua ſententia facit primò quod quilibet poſſit beneficio ſuo, pro ſe introducto, renunciare *l pen. Cod.de pact.* atqui beneficium *d.l.vnic.* eſt beneficium perſonarum miſerabilium. Igitur ei renunciare queunt. Et quanquã diſſentientes negent, priuilegium hoc miſerabilium perſonarũ gratia introductũ eſſe, contrarium tamẽ, meo iudicio ex Conſtant. cõſtitutione relucet manifeſtiſſime, cauet ſiquidem, ne miſerabiles iſtæ perſonæ terminos prouinciarum ſuarum COGANTVR excedere.

Nec ſequitur cõmiſerationis gratia beneficium *l.vnic.* eſt introductum: ergo nõ in fauorem miſerabiliũ perſonarum; quia princeps ex cõmiſeratione erga perſonas miſerabiles & fortunæ iniuriæ ſuppoſitas, in fauorem miſerabilium perſonarũ priuilegium hoc introduxit; ita, vt commiſeratio ſit cauſa impulſiua, quæ principem mouerit & impulerit ad beneficium hoc largiendum miſerabilibus perſonis.

Et ſanè ſi beneficium hoc eſſet miſerationis gratia conceſſum, ſequeretur hoc beneficiũ eſſe ipſius Imper. quod ſibi ipſi Imperator eſſet largitus: atqui abſurdum eſt hoc, ergo & illud.

Secundo quod poſſit beneficio prædicto renunciari, probat quoq; vocula COGANTVR, nec enim cauent Impp. ne miſerabiles perſonæ excedãt terminos prouinciarum ſuarum, ſed ne COGANTVR eos excedere: quod ſi igitur ſponte excedere voluerint, renunciando ſuo beneficio, minimè prohibentur.

Nec mouent contrariæ opinionis fundamenta: nam ad prius ex prædictis patet reſponſio. Ad poſterius reſpondendum eſt, aliud eſſe miſericordiæ renunciare, & aliud renunciare beneficio ex cõmiſeratione aliqua à principe ſibi conceſſo. *Litera B.*

Qu. 60. An beneficio d.l.vn. gaudeãt locupletes? Quæritur porrò vtrum præfato beneficio gaudeant quoque pupilli, viduæ diuturno morbo fatigati & debiles, ſi locupletes & diuites ſint?

Affirmatiuam tenent Couarr. *pract.q.6.*

Matth.

Digitized by Google

Matth. Steph. *lib.c.31.nu.37.* Vult. *ad.d.l.vni. nu.10.* Theſaur.deciſ.*177.nu.3.* Gail.*libr.1.obſ. 1.n.40.* Roland.à Valle *1.conſil.76.nu.44.& ſeqq.* Menoch.*lib.2.arbit.iud.quæſt. cent.1.*

1. Quia diuites non minus, quã pauperes iniuriæ hominum ſunt expoſiti: & illi quidẽ multo magis quam hi. Etenim Imp. Conſtant.in *d.l.vnic.* appellat viduas miſerabiles fortunæ iniuria: quia amiſerunt virum, ſicuti pupillus dicitur miſerabilis, quia amiſit patrẽ: eſt n.iniuria hæc quædã fortunæ, ex quo vterq́, perdidit & rerum defenſorẽ & perſonæ, quas ipſi non poſſunt, tum ætatis defectu, tum ſexus imbecillitate tueri, quæ ratio etiam locum habet quando & vidua & pupillus diuites ſunt: nam & tunc eadẽ adeſt fortunæ iniuria & commiſeratio, quinimo magis eſt cõmiſerandum viduæ & pupillo diuitib. quam inopibus, cum diuites maiores patiantur inſidias. Menoch.

2. Quia Imp.Conſtant.in *d.l.vnic.* pupillis, viduis, & diuturno morbo fatigatis priuilegium illud abſque omni diſtinctione concedit.

3. Quia & ſacræ literæ indiſtincte pupillis & viduis ſuccurrũt, illisq́; aduerſus iniurias aliorũ cauent: vnde veriſimile eſt, etiã Conſtantin.in *d.l.vnic.* qui ſe SS.literis confirmauit, indiſtinctè voluiſſe viduis & pupillis cauere. *Exod.22.v.22.& 23.* ait Dominus per Moyſin: *Viduæ & pupillo non nocebitis*: ſi læſeritis illos, vociferabuntur ad me, & ego audiã clamorẽ eorũ & indignabitur furor meus, percutiamq́; vos gladio & erunt vxores veſtræ viduæ, & filii veſtri pupilli. Et *Eſa.1.v.23. Pupillo*, inquit Propheta, *non iudicant & cauſa viduæ non ingreditur ad illos, &c.* ſic & Zach.*7.v.10. & Reg.23.v.5.* pupillis atq; viduis abſq; omni differentia & diſcrimine cauet Dominus.

4. Per *cap ex part.15. de foro competenti* vbi Angliæ regina vidua, nobilem laicum coram iudice Eccleſiaſtico conuenit, interdicto vnde vi, etſi res ſubtracta dicatur feudalis.

5. Per rationẽ quã aſſignat auth. noſt.in theſi. Quia cum ſola paupertas efficiat aliquem eſſe miſerabilem, vt poſſit locus fieri priuilegio: ſi diceremus viduã & pupillum tunc demũ hoc obtinere priuilegiũ, quando pauperes ſunt, ſequeretur dicendum, qualitatẽ viduitatis & pupillaris ætatis nihil efficere, quia ſola paupertas efficeret, & nihilominus vidua & pupillus eo ipſo quod tales ſunt, miſerabiles eſſent, vt fori priuilegio gaudeant. Huic ſententiæ opponitur *cap.ſignificantib.extr de offic.delegat.* ex quo extorquere conantur, ꝙ viduę diviti ex hoc priuilegio non ſuccurratur.

Verum reſp. Menoch.*text.illum cap.* ad rẽ non pertinere quoniã in eo nõ negetur viduã inter miſerabiles perſonas referri, ſed ſolũ negetur illi viduæ ꝓfuiſſe reſcriptũ, expreſſo mendacio impetratũ: duæ n. cauſæ narratæ fuerant, vna ꝙ vidua eſſet, altera ꝙ pauper: quæ, ſimul iunctæ, pontificẽ mouerũt: imo ſubticuit impetrãs ille ſe cõſequi potuiſſe iuſtitię adminiſtrationẽ à iudice ſuo ſeculari, ꝙ ſi fuiſſet expreſſum, nõ obtinuiſſet reſcriptũ vt text⁹ ipſe innuit & ratio eſt, quia ad Eccleſiaſticum non eſt confugiendũ; cum ſuus ipſe iudex laicus parat⁹ eſt iuſtitiã adminiſtrare *c.ex parte vbi Dd.extr. de foro competente.*

Quæ. 61 *An cœlibẽ vitã fœmina agẽtes gaudeant beneficio d. l. vnica?*

Cum Imp. Conſt.conſtitutio de vidua loquatur, quæſtio incidit, an eadẽ cõſtitutio ad fœminas, cœlibẽ vitã agentes, extẽdi debeat? Pro negatiua pugnant Covarr. *pract quæſt.c.7.n.2.* Vult.*ad d.l vnic.n.6.& 7.* Matth.Stephani *d.lib 1 de iuriſdict.c 31 n.26. & ſeqq.* Menoch.*arbitr.iud.quæſt.lib.2.cent. 92.caſu 166 nu.8.*

1. Per *c.vidua 16.diſtinct.34.* vbi vidua definitur, quæ ſit, cuius marit⁹ mortuus eſt.

2. Quia cõmunis vſus loquendi, qui maximã in his rebus autoritatẽ habet *l.liberorum §.quod tamen Caſſ ff.de legat 2.* viduã illam appellat, quæ maritũ habuit & amiſit, non autem quæ cœlibem vitam egit.

3. Quia vidua dicitur ab *iduo, iduas*, verbo antiquo, ꝙ ſeparare, diuidere, priua-

rę ſi-

re ſignificat, vnde Idus appellant diem diuidentem menſem. Hinc & Horat. *libr. 4. Carmin. Ode 11. ad Phyllidem* inquit:

Idus tibi ſunt agenda
Qui diem menſem veneris marinæ
Findit Aprilem.

Vidua igitur dicitur à viro ſeparata, ſeu orbata marito autore Macrobio *libr. 1. Saturnal. cap. 15.* Et hinc verbum viduare pro priuare & orbare *Virg. 8. Æneid.*

Tot ferro ſæua dediſſet
Funera, tam multis viduaſſet ciuibus vrbem.

4. Quia Conſtant. Imp. Chriſtianus, hoc priuilegiū concedendo viduis & pupillis, ſeſe diuinis literis conformare voluiſſe videtur, in quib. viduę & orphani multoties principū fidei ſolicitè cōmendantur & inprimis, ne à potentiorib. cōtra ius opprimantur: vt a. ſacrę literæ orphanos parentibus orbes, ita viduas maritis orbas intelligunt, vtpote quę hominum iniuriis magis ſint expoſitæ. 5. Per §. *item lex Iulia de adulteriis. §. 4. Inſt. de publ. iud.* vbi vidua per disiunctiuā particulam coniungitur cum virgine Alciat. *ad d. l. 242.* 6. Quia teſte Iſidoro vidua vocata, quæ cum viro vno fuerit, nec circa conſortium alterius viri poſt mortem coniugis primi adhæſerit: nam quæ alteri poſt mortem prioris nupſerint, viduæ non dicuntur. Veruntamen contrariam opinionem ſequitur autor noſter, ſtatuens fœminas cœlibem vitam agētes, benefico *d. l. vnic.* comprehendi, idq; ex hac ratione, ꝙ appellatione viduæ, fœmina quoque cœlibē vitā agens, comprehendatur per *l. malum 242. §. viduā ff. de V. S.* vbi aperte ICtus *viduā*, inquit, *non ſolum eam quæ aliquando nupta fuiſſet; ſed eam quoq́; mulierē, quæ virū non habuiſſet appellari.* Et quanq̄ vulgò reſpondeant verbū viduę in *d. l. 242.* de virgine vſurpari, non ex ſermonis proprietate, ſed ex interpretatione & notatione nominis, id ꝙ ſatis euincant fundamēta, pro ſententia priori ſupra adducta: in dubio autē non præſumatur legislatorem recedere voluiſſe à ſermonis proprietate *l. non aliter ff. de legat. 3.* Deinde ſignificationē latā & impropriā non eſſe admittendā in illis, quæ aduerſus iuris cōmunis regulas cōſtituta ſunt Couar. *d. q. 7.*

Cæterum hæc reſpōſio fundamentum noſtrum minimè euertit, nam in *tot. tit. ff. de V. ſign.* explicatur, quænam propriè ſint verborū ſignificationes; & in interpretādis principū beneficiis largiſſima & pleniſſima verborū ſignificatio admittenda eſt, iuxta *l. pen. ff. de conſtit. princ.* vbi dicitur: principum beneficia quam pleniſſime interpretanda eſſe: igitur & hic non ſtricta illa viduæ ſignificatio, ſed plena & larga accipienda erit.

2. Præterea huc quoq; facit vulgare iuris axioma, ꝙ vbicunq; eadem ſit ratio, ibi quoque idem ius eſſe debeat: in fœminis, cœlibem vitā agentibus, eadem ſit ratio, ob quā beneficium, viduis conceſſum eſt: eadem nempe infirmitas ſexus iudiciiſq; imbecillitas, igitur etiam idem in illis ius ſtatui debeat. Reſpondetur quidē beneficia, contra iuris cōmunis regulas certis perſonis indulta non eſſe, ne quidem ob identitē rationis ad conſequentiā producenda *l. quod cōtra de R. iur. l. quod v. 14. ff. de ll. §. ſed & quod princip. 1. de Iur. N. G. & Ciuil.*

Verū hæc regula, ꝙ iura ſingularia non ſint ad conſequentiā producēda, intelligi debet ratione illorū, qui verbis priuilegio non comprehenduntur; at iura ſingularia & priuilegia extenſionē admittunt ad eas perſonas, quæ lata verborum ſignificatione priuilegii comprehenduntur. *arg. d. l. penult. ff. de conſtit. princip.*

Quibus ita præmiſſis non eſt difficilis reſponſio ad cōtraria argumenta: nam etſi in adducto *c. 16.* nomē viduæ ita ſtrictè accipiatur, vt eam denotet, quæ virū amiſit, in vſu tamen iuris largiorem & plenioré eius eſſe ſignificationem, patet ex adducta *l. 142.*

Hæc v. ſignificatio larga, idcirco præſenti in loco recipienda eſt, quia beneficia principū extendi admodū fauorabile eſt *d. l. pen.*

Digitized by Google

d. l. pen. maximè cum & ratio *d. l. vnic.* locum ſibi vindicet in illis fœminis, quæ cœlibem vitam vivunt.

Sic etiã ſecundum argumentũ, ex communi vſu loquẽdi petitũ, non valdè refragatur: ſiquidem attendendũ potius, quomodo in vſu iuris verba vſurpẽtur *l. 103. de V. S.* In vſu autem iuris viduã dici & illam, quæ cœlibem vitam agit, evincit *d l. 242.*

Ad tertiũ reſpondetur, illud valdè eſſe lubricũ ex alluſione vocis contra apertiſſimum iuris textum deductum.

Ad 4. reſpondetur præſumptionẽ probabiliorem eſſe, quod Conſtantin. Imp. ſe iuri cõformare voluerit: atq; verbũ *vidua* accipere in ea ſignificatione, quæ in iure vſitata eſſet. Et quotiẽs de verbis legũ interpretandis quæritur, ſemper ea ſequẽda eſt ſignificatio, quæ in iure receptior eſt.

Ad 5. expedita eſt reſponſio: nam in iure non eſt infrequens, vt generale nomen ad ſpeciem reſtringatur melioris doctrinę eſt diſtinctionis gratia: at in interpretandis principum beneficiis ampliſſima ſignificatio recipienda, cum fauores ampliari conueniat.

Sextum argumentũ ſolius Iſidori autoritate nititur, & fortaſſis oſtendit quomodo in cõmuni vſu loquendi verbũ viduæ accipiatur, non quomodo in vſu iuris.

Quæ. 62 *Quænam in d. l. vn. intelligãtur perſonæ miſerabiles?*

Cum *d. l. vnic.* conſtitutio cõcepta ſit de miſerabilibus perſonis, quæritur non immeritò, quænã ſint perſonæ miſerabiles, Menoch. *arbitr. iudic. lib. 2. cent. 1. caſu 66. n. 1.* Schrad. *de feud. part. 10. ſect. 2. nu. 25.* Matth. Stephani *lib. 1. cap. 31. num. 36.* Sichard. *ad d. l. vnic. num. 5.*

Statuunt arbitrio iudicis hoc relictum eſſe, quia miſerabiles perſonæ ſunt; quæ ob fortunæ iniuriam commiſeratione dignæ ſunt; quod cum infinitis modis fieri poſſit, rectè placuit, hoc iudicis arbitrio relinquendum eſſe.

2. Quia nullibi in iure definitũ eſt, quænam ſint perſonę miſerabiles; proinde iudicis arbitrio hoc relinquitur.

Sed ab hac ſentẽtia quamuis cõmunis ſit, recedere nulla mihi religio eſt, quia quicquid in iure definitũ ac determinatũ non eſt, cenſetur relictũ eſſe arbitrio iudicis, atqui quænã ſint perſonæ fortunæ iniuria miſerabiles, definit Conſtant. in *d. l. vnic.* nempe pupilli, viduæ, diuturno morbo fatigati & debiles. Igitur huius determinatio arbitrio iudicis relicta non videtur. Et ſane cum Imperat. Conſtant. in *pr. d. l. vnic.* apertè ordinat, ſe beneficiũ in pręſenti lege viduis, pupillis vel diuturno morbo fatigatis & debilib. tribuere, illosq́ue ſolos cõplectitur, palã eſt eum in *verſ. Quod ſi.* per miſerabiles perſonas nõ alias, quam diuturno morbo fatigatos & debiles intelligere. Miſerabilib. porrò perſonis, anne ſtudioſi liberalium artiũ annumerari debeãt, quæri ſolet? Affirmat quidem autor noſter cum Menoch. *2. arbitr. iud. cent. 1. caſu 65. n. 26.* & commun. interp. veruntamẽ verior eſt negantiũ ſententia.

Quæ. 63 *An miſerabilibus perſonis ſtudioſi accenſeri debeant?*

Etenim beneficia principũ, certis perſonis indulta, perſonã nõ ęgrediuntur, ſed ſtricte accipi debent. Proinde & beneficiũ præſentis *l. vnic.* certis perſonis, nempe viduis, pupillis & diuturno morbo fatigatis atq; debilib. indultum, non debet ad ſtudioſos aliosq; extendi.

2. Quia ſi etiã ſtudioſis competeret beneficiũ *l. vnic.* tum, abſq; dubio, eius aliqua fuiſſet mentio facta in *auth. habita C. ne filius pro patre.* cum ibi Imp. Frideric. omnia priuilegia, ſtudioſis indulta, referat atq; enumeret: atqui de huiuſmodi priuilegio illic non meminit Frideric. conſequens igitur eſt, illud non compẽtere ſtudioſis.

1. Non obſtat ꝙ miſerabilibus perſonis Conſtantin. voluerit beneficiũ ſuũ competere *d. l. vnic. verſ. quod ſi. in verb. aliq. fortunæ iniuria miſerabiles:* atqui ſtudioſi ſunt miſerabiles, fortunæ iniuriæ ſuppoſiti *d. auth. habita c. ne filius pro patre: ibi quis enim eorum non miſereatur.*

Reſpondetur Imperat. Conſtantin. per fortunæ iniuria miſerabiles nõ intelligere

alios quam diuturno morbo fatigatos debileſque, vt ſupra in quæſtione præcedenti oſtenſum fuit.

2. Non obſtat q̃ vbi eadem eſt ratio, ibi quoq; idem ius ſit conſtituendū. Atqui in ſtudioſis, literarū cauſa peregrinantib. eadem ſit ratio, quæ in viduis & pupillis diuturnoq; morbo fatigatis: ergo idē quoq; ius in illis obtinent. Quia illis perſonis Conſtantinus nō alia de cauſa tribuit hoc beneficium, quam quia ſint iniurię magis expoſitæ, quam alii, iam vero quis ignorat ſtudioſos, peregrinantes literarū cauſa, vel maxime expoſitos eſſe iniurię hominum. Id quod etiam ſatis ſignificat Frider. Imp. in *d auth. habita.* eoq; nomine ipſos commiſeratione dignos iudicat.

Nam etſi ponatur, eandem rationem militare in ſtudioſis quę in viduis pupillis & diuturno morbo fatigatis: tamen argumentū ab identitate rationis deſumptum non procedit in exorbitātibus atq; priuilegiis ſpecialiter, contra ius cōmue indultis *l.14.ff.de ll. l.quod contra de reg.iur.* maximè, cum Conſtant. non de quibusvis perſonis miſerabilibus, ſed determinate atq; in ſpecie de certis quibuſdam loquatur.

Præterea nō reſiſtit quod *d.l.vnic.* pauperibus ſuccurrit, ſecundum autorē noſtrum & ab ipſo allegata, hac eadem theſi *lit.* C. atqui ſtudioſi ſunt pauperes per textum in *authent. habita verſic. Quis enim eorum. Cod. ne filius pro patre. & ibi interpp.* Covarr. *6. pract. q. 3.* Nam reſp. propoſitionē negando, quoniam vt ad præcedentē obiectionē reſpondimus & prox. quæſt. notauimus. Conſtantinus pupillis tantū viduis & diuturno morbo fatigatis ſuccurrit: non aliis. Non igitur aliter pauperibus, quam ſi & ipſi ſint pupilli, viduæ aut diuturno morbo fatigati debileſque: equidem non inficior, quin ſtudioſi ſint homines miſerabiles & pauperes: verum quod ſint tales atq; ex illorū numero, qui Conſtantini conſtit. comprehenduntur, h.e. quod negaui antea, & adhuc nego.

Litera F. Qu. 64. *In cauſa feudali an locum habeat d. l. vnica?*

Elegans & hæc eſt quæſtio, anne perſonæ miſerabiles, pupilli, inq̄, viduæ, debiles, & diuturno morbo fatigati in cauſis ciuilib. aduerſariū ſuū, cuius potentiā reformidant ad incompetentē iudicē principiſq; tribunal reuocare poſſint; etenim licet ipſæ miſerabiles perſonæ ad curiam principis trahi nequeāt, aduerſarios tamē ſuos ad principis curiam reuocare poſſe Conſtant. Imp. conſtitutione cautum & conſtitutum eſt *d l.vnic.*

Proinde non fruſtra quæritur, vtrūne in cauſa feudali, omiſſo iudice feudali legitimo, aduerſariū ſuum coram Cæſarea Maieſtate conuenire poſſint? Quæ quæſtio elegans & difficilis eſt.

Mihi tamen affirmatiua placet ſententia, quam defendi in *tr. feud. c. vlt. pag. 407.*

Qu. 65. *An cōſtitutio iſta locū habeat, cum iudicium cœptū eſt corā ordinario?*

Quid verò dicendū ſi iudiciū iam tum cœptum ſit coram iudice ordinario anne adhuc locus erit beneficio *d. l vn.* & miſerabilibus perſonis reuocandi competat?

Autor noſter poſt theſaurum *deciſ. 177. nu 16.* Menoch. *arbitr. iud. quæſt. lib. 2. cent. 1. caſu 66. num. 30.*

1. Quia in ipſo proceſſu potentia aduerſarii plurimū faceſſere negotii viduæ, aut alteri miſerabili perſonæ poteſt.

2. Quia *d.l.vnic.* loquitur generaliter, nec diſtinguit, vtrum corā ordinario iudiciū ſit cœptū nec ne. At beneficia potius amplianda ſunt, quam reſtringenda *l. pen. ff. de conſtit. princ. cap. odia de reg. iur. in 6.*

3. Quia & aliàs iuriſdict. principis cum aliis inferioribus concurrit, & ipſe cauſas avocare à tribunalib. inferioribus poteſt.

Limitat tamē hanc propoſitionē Caravita in *ritu 233. in fin.* vt non procedat quādo cūm ipſa perſona miſerabili cōnexa eſt altera non miſerabilis: quia tunc iudiciū cœptū corā primo iudice, ibi finiri debet ratione connexitatis. Men. *d. caſu 66. nu. 30.*

Sed ab hac ſententia recedit *Covar.* hac ratione ductus, q̃ magnus ſit fauor ordinariæ iuriſdict. & quod non admodū lædant ex hoc errore ſupradictæ perſonæ.

Sed ex

Sed ex præmiſſis fundamẽtis non erit difficile reſpondere ad hanc Covarr. rationẽ. Nam etſi aliquis ſit fauor ordinariæ iurisdict. tamen putarim viduarũ, pupillorum cæterorumq; de quib. *d.l.vnic.* loquitur, favorẽ eſſe multò maiorẽ: quandoquidẽ etiam ꝓpter eum conſtitutũ eſt, vt poſſint illæ perſonæ rectà aduerſariũ ſuũ ad Imp. iudiciũ euocare: ordinaria iurisdict. prætermiſſa. Et ſanè quin ex errore eiuſmodi pupillus, viduaq; multũ lædatur, ſi ſcil. eius iudicis, cuius potentiã exhorreſcunt, iudiciũ ſubire coguntur, cum habere potuiſſent benignum Imp. nemini dubium eſſe poteſt. Succedit huic & alia quæſtio non minori difficultate laborans, anne ex terris vaſallorum poſſint perſonæ miſerabiles ſuos aduerſarios evocare? Pro affirmatiua facit ꝙ priuilegium hoc miſerabilibus perſonis tributum, militat in illa inſtantia, quæ corã principe eſt, quæ cũ non ſit translata in vaſallum poterit princeps vti ſuo priuilegio anteriori, cui ob id in genere per conceſſionẽ iurisdict. in inueſtitura factã, non cẽſetur derogatum, niſi expreſſe dictum fuerit. Theſſau. *d.loc.n.12.*

Qu. 66. An ex terris vaſallorũ poſſint perſonæ miſerabiles ſuos aduerſarios evocare?

Accedit ratio auth. noſtri. Quod priuilegium hoc cõputetur inter ſuprema regalia, quæ ſint incommunicabilia, niſi deſtruere velim⁹ illud ipſum, per ꝙ princeps eſt, id ꝙ eſt, nempe poteſtatẽ ſtatuẽdi, qua omnibus & ſingulis ſuis vaſallis eſt ſuperior. Limitant tamen hanc ſententiã: vt ſic demum ꝓcedat: ſi pupillus & vidua etiam ſint pauperes: aduerſarii a. ſint potẽtes: id ꝙ etiam velle videtur noſtra *l.vnica in verb. cuius potentiã perhorreſcant.* Deniq; huc pertinet ꝙ princeps concedendo alicui cum caſtro mixtum merumq; imperium, præſumitur ſic illud cõcedere, vt tamen priuilegium miſeris perſonis, ex ſingulari meraq; cõmiſeratione conceſſum, hoc ipſo auferre non voluerit.

Sed tamen ab hac ſententia multi recedunt referente Theſſauro his rationibus adducti.

1. Quia cum princeps inueſtit vaſallum cum mero & mixto imperio & omnimoda iuriſdict. dicitur tunc vaſallus inueſtitus de primis & ſecundis cognitionibus priuatiue quoad dominum.

2. Quia vaſallus hoc ius ex cauſa oneroſa ꝓpter ſeruitia quæ pro feudo tenetur: ideo ſicut nõ poteſt auferre princeps mihi ius meum ſine cauſa, ita nec iurisdict. mihi cõceſſam & plerunq; ex tit. oneroſo.

3. Quia alias cũ in terris vaſallorũ vt plurimum maior pars horũ conſiſtat in iſtis miſerabilib. perſonis, viduis & pupillis, & vt plurimũ pauperib. frauderetur hac cõceſſione pro maiori parte vaſallus. Reſp. Verum ad hæc tria argumenta nõ erit difficile reſpondere ex fundamentis pro ſententia priori propoſitis: etenim ſemper præſupponũt mero & mixto imperio, per omnimodam iurisdict. translato, in vaſallum etiã hoc priuilegium translatum cenſeri; plenamq; iuriſdict. vaſallo conceſſam in perſonas miſerabiles, priuilegio iſto penitus illis adempto; id quod omnino negatur, eiuſq; contrarium ex propoſitis fundamentis valide adſtruitur.

RESOLVTIO THESIS VNDECIMÆ.

Litera A. Qu. 67. An confeſſoria & negatoria actiones de iurisdict. competant?

Effectus iuriſdictionis hic eſt, vt actionem confeſſoriã & negatoriã producat: ita Coſtal. ad *l.2 ff. ſi ſeruit vind.* Weſen. in *paratit ff. ſi ſeru. vindic. n.13.* & Dd. comm. ad § *æque Inſt. de act.*

Quia in *d.§. æque. Inſtit de act.* diſerte ait Iuſtin. *Si quis agat ius ſibi eſſe, eum habere actionem confeſſoriam.* Reſpondet quidem Coraſius, Imperatorẽ eo in loco non abſolutè dicere, dari actionem confeſſoriam ac negatoriã his, qui ius aliquod habeant, ſed his qui ius habeant vtendi fruendi, vel eundi, agendi aut aquam ducendi. Veruntamen Imp. noluit hanc actionem reſtringere ad ſeruitutes prædictas, quas exempli ſaltem loco adduxit.

Non obſtat 1. ꝙ expreſſe reſponſum eſt à ICto in *l. 2. & l. 4. §. 2. & §. ſi quis mihi in fine & §. ſeq. ff. ſi ſeru. vind. l. 1. ff. ſi vſusfr. pet. §. æque Inſt. de act.* Confeſſoriam & negatoriam proprias eſſe actiones vſusfructus & ſeruitutum, atque adeo non, niſi ad tuendas ac vindicandas eas, prædiis dominorum ſolis, non etiam aliis, aut ad alias inſtituendas competere *l. 2. in pr. l. etſi fortè §. hæc autem actio ff. ſi ſeruit. vindic.*

Reſpond. enim, ex textib. citatis nihil aliud euinci, quã de ſeruitutibus competere confeſſoriam & negatoriam actionem, id quod libenter concedimus: verũ ex eo neutiquam ſequitur de ſolis ſeruitutibus, & non aliis iuribus, competere prædictas actiones: quod tamen demonſtrari debebat. Non reſiſtit præterea quod ICtus in *l. 2 ff. ſi ſeruit. vind.* actiones confeſſoriam & negatoriam non niſi dominis prædiorum dari ait: at vero in aliis iuribus dominium conſiderari nequit.

Reſp. primo ICtum in *d. l. 2. §. 1.* non de quauis loqui cõfeſſoria actione: ſed de illa, de qua proxime dixerat, ꝙ de ſeruitutibus competeret: & ideo non ait actionẽ confeſſoriam competere tantũ domino prædiorũ: ſed hãc in rem confeſſoriã &c. Deinde falſum eſt, ꝙ Coraſ. tanquam fundamentũ præſupponit, dominiũ non eſſe aliarũ rerum incorporalium, quã ſeruitutum: hoc n. ſuo loco infra refutabimus, eiuſq; contrarium perſpicue oſtendemus.

Inſuper nihil aduerſatur ꝙ in eadẽ *l. 2.* ICtus ait: confeſſoriã & negatoriã actiones, ad exemplũ earũ, quæ ad vſumfr. pertinent, de ſeruitutib. prædiorum dari: ſi n. hæ actiones pro aliis iurib. darẽtur, generalius dixiſſet IC. ad exemplum earũ, quæ pro aliis iuribus dantur, eas dari.

Reſp. Idcirco ICtum dicere ad exemplum vſusfr. confeſſoriã & negatoriam de ſeruitutib. dari, quia proxime docuerat in *tit. ſi vſusfr. petat.* de vſufr. dari prædictas actiones: voluit proinde ſeſe IC. potius ad proxima, quam ad remotiora referre.

Poſtremò non impedit quod actiones confeſſoria & negatoria, cum ſtricti ſint iuris, *arg. §. actionũ Inſt. de act.* extenſionem non recipiunt & nullo caſu dantur, quam qui à legislatore expreſſus eſt *l. ſi ego §. 1 ff. de publ.* vbi neceſſariũ fuit introducere publicianam ei, qui bona fide à non domino ſeruitutem quæſierat, cum confeſſoria competere non poſſet.

Reſp. actionis confeſſoriæ ac negatoriæ nequaqam fieri extẽſionem in noſtra quæſtione, ſiquidem actiones illæ non ad ſolas ſeruitutes vindicandas; ſed alia quæcunque iura ſint comparata, prout ſupra euidenti ratione oſtendimus.

Putat a. Coraſ. de aliis iuribus dari condictionẽ ex lege aut officium iudicis competere: Vaudus opinatur dari condictionem triticariam, ſed vterq; à vero aberrat, vt oſtendi.

Ad effectum quoq; iurisdiction. hodie ſpectare videtur pœna fractæ pacis publicæ, quæ conſtituta eſt in eos, qui alienam iuriſdict. temere violarint, quæ pœna promulgata eſt publicis imperii legibus anno 1495. de qua eruditos admodum cõmentarios ſcripſit Andr. Gailan quib. prolixè diſſerit de publica pace tenenda, deq; pœna violatorũ pacis illius publicæ, vbi vide. *Litera B.*

RESOLVTIO THESIS DVODECIMÆ.

DIctum eſt hactenus quid ſit iurisdictio, quomodo ritè & legitimè conſtituatur & qui ſint eius cõſtitutæ effect⁹. Sequitur nunc vt diſpiciamus, quomodo ſemel rite ac legitime conſtituta, rurſus tollatur? Primus a. modus finiendæ iurisdict. ordinariæ ex ſententia auth. noſtri eſt mors naturalis eius, cui ea iurisdict. conceſſa & tributa eſt, quiq; à principe magiſtratui præfectus eſt. Cum enim ſingularis perſonæ induſtria eius electa ſit, qui magiſtratui præficitur, idcircò nemo magiſtratũ, & ſibi iure magiſtratus competẽtem iurisdict. in heredes trãſmittit. Quod *Litera A.*

tan en.

Digitized by Google

tamen perpetuum non eſſe opinor: quid enim ſi Iuriſdictio vel ciuilis, vel criminalis territorio adhæreat, vt ei regulariter cohærere ſolet, non certe morte illius, qui eam ſuo iure obtinuit, finietur iuriſdictio, ſed in heredes & ſucceſſores eius legitimos vna cum territorio tranſmittetur. Principis ſane iuriſdictionē concedentis morte, eā non finiri, certū & expeditū eſt.

Lit. B. Amittitur deinde iuriſdictio ordinaria nō vtendo per tēpus longiſſimum. Quod tamen ita demum procedit & locum habet, ſi ex parte alterius, illius videlicet, in quē iuriſdictio competebat, præſcriptio temporis longiſſimi acceſſerit: alioquin cum iuriſdictionis exercitio conſiſtat in mera voluntate, præſcriptione non extinguitur. Huius vero præſcriptionis hic effectus eſt, vt iuriſdictionem acquirat præſcribendi priuatiue non cumulatiue, *daß der jenige, wieder den die verjährung angezogen wirdt, an der Gerichtbarkeit nichts behelt*, cuius ratio ſatis perſpicua & expedita eſt: in genere ſiquidem præſcriptionis hic effectus eſt, vt ex parte illius, aduerſus quē currit, priuationē & amiſſionem inducat.

Quod ad merum imperium & criminalem iuriſdictionem attinet ſupra oſtenſum fuit, illud præſcriptione olim in Rep. Romana acquiri non potuiſſe *arg. l. 1. ff. de offic. eius.* Quanquam hodie res aliter ſeſe habere videatur, poſtquam iure magiſtratus merum imperium competere cœpit, de quo & ipſo ſupra fuit dictum.

Lit. C. Finitur præterea iuriſdictio vtendo cum aſperitate in ſubditos, hoc eſt aburēdo, *arg. §. dom Inſt. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt, l. 2. § dominorum ff. eod. l. 1. C. de emendatione ſeru. l. fin C. quemadm. Ciu. mun.* quibus in locis aſſeritur, quod domini in ſeruos, nimium ſæuientes, cogantur ſeruos ſuos vendere, adeoq; dominio illorum priuētur, quoniam reip. intereſt, ne quis re ſua male vtatur.

Pari itaq; ratione & magiſtratus iuriſdictione ſua abutens & vltra modum in ſubditos ſæuiens, iuriſdictione priuatur, quia maximopere intereſt reip. ne magiſtratus iuriſdictione & poteſtate ſibi competente, abutatur.

Inſuper finitur iuriſdictio in ſingulis cauſis inſtantiæ vel lite finita, *l. 13. C. de iudi.* Lit. D. Non ſimpliciter, inquam, finitur, ſed ratione duntaxat illius cauſæ, de qua lis fuit & controuerſia inſtituta.

Finitur etiam iuriſdictio recuſatione iudicis, quoad recuſantem videlicet: quatenus v. canonico & iure noſtro ciuili recuſari iudex poſſit, dicetur infra *in diſp. 12. theſ. 11. lit. h.* Lit. E.

Mandata iuriſdictio finitur primo morte eius, cui mandata eſt *c. pen. de offic deleg.* Lit. F. in quo pontifex ita ſcribit: *vno delegatorum, vel arbitrorum rebus humanis exempto, eorum officium expirauit, niſi aliud in delegatione vel compromiſſo fuiſſet expreſſum.* Huc enim pertinet regula illa iuris, *quod cū induſtria perſona alicuius eſt electa*, tunc, ea extincta, idipſum quoq; extinguatur, in quo induſtria illa fuit electa. Pari modo finitur mandata iuriſdictio morte mandantis, re adhuc *l. 6. ff. de Iuriſd.* in qua Paulus: & quia nec principaliter ei iuriſdictio data eſt, nec ipſa lex defert, ſed confirmat mandatam iuriſdictionem: ideoque ſi is, qui mandauit iuriſdictionem, deceſſerit, antequam res ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio, geri cœperit; ſolui mandatum Labeo ait, ſicut in reliquis cauſis.

Deinde finitur iuriſdictio reuocatione mandati, perinde vt quoduis aliud negotium re adhuc integra reuocari poteſt §. 9. *Inſt. de mandato*, ita quoq; iuriſdictio mandata reuocari ſolet. Lit. G.

Prorogata item iuriſdictio finitur ſi per text. *in l. 18. ff de iuriſd.* in qua Affricanus ita ſcribit: ſi conuenerit, vt alius prætor, quā cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret; &, priuſquam adiretur, mutata voluntas fuerit: proculdubio nemo compelletur eiuſmodi conuentioni ſtare. Lit. H.

Cui opponi ſolet vulgo *l. pen. C. de pact.*

Digitized by Google

in qua ita Imp. *Si quis in conſcribendo inſtrumento. ſeſe confeſſus fuerit nõ vſurum fori præſcriptione propter cingulũ militiæ ſuæ, vel dignitatis, vel etiam ſacerdotij prærogatiuam; licet antea dubitatur: ſi oporteret eandem ſcripturam tenere, & eum, qui hoc pactus eſt, non debere aduerſus ſuam conuentionem venire; vel licentiam ei præſtare, diſcedere quidem ab ſcriptura, ſuo autem iure vti: ſancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire, & contrahẽtes decipere.* Has leges primo intuitu contrarias, varie conciliant Interpp.

Qu. 68. Quando liceat reuocare prorogatam iuriſdictionem?

Nam primo Coraſius & Alciat. in citatis locis, putãt *legem 18.* intelligendã, vt Ic. loquatur cum ab vtroq; parte mutata fuit voluntas: id quod ex verbis illis (ſi conuenerit) cuinei putat, vt quæ neceſſario accipi debeant inter vtramq; partem *l. 1. §. conuentionis ff. de pact.* Ne igitur deformis fiat interpretatio & præcedens qualitas in ſequenti repetita videatur, id ꝙ ſequitur in text. (mutata voluntas) ab vtroq; etiam litigatore accipiendum eſſe. Dubitationem a. ait feciſſe, quia ab his quæ ſemel placuerunt, in alterius damnũ non liceat diſcedere: quare non videbatur permittendũ litigatoribus, à prima conuentione abire in præiudiciũ iudicis, cui conſenſu partiũ ius quæſitũ fuerat. Deciſionis aũt rationẽ eſſe, ꝙ nihil tã naturale ſit, q̃ vnumquodq, eo, quo ligatũ erat diſſolui *l. nihil. de R. iur.* & ita vt à pacto cõtrario conſenſu diſcedatur *l. ab Emptione ff. de pact.* Nec ſit hoc loco cõſiderabilis perſona iudicis, cuius cõſenſus vt in ꝓroganda iuriſdictione nõ fuerit neceſſarius *l. 2. §. 1. ff. de iud.* ita nec in reuocãda *l. heredes palã §. ſi quid poſt. ff. de teſt.* Non obſtant a. huic interpretationi verba (priuſq̃ adiretur) q̃ à cõtrario innuunt poſtquam prętor aditus eſt, nõ poſſe partes à lite diſcedere cõtra *l. poſtquã liti C de pact.* Reſp. nã partes quidẽ nõ poſſunt à lite ita diſcedere, vt cœpta corã adito prętore cauſa, corã alio tractetur. Tũc n. non proprie à lite recederent quæ finẽ non acciperet, & fieret tunc adito p̃tori, in quẽ ſemel & re & verbo conſenſum eſt, iniuria, contẽneretur q; eius maieſtas & autoritas *l. ſed et ſi ſeruum §. fin. ff. de arbitr.* Sed poſſunt tñ ita litigatores recedere vt nec ſub illo, nec ſub alio iudice deinceps litigent. Secundo Fachineus 1. *contr. 61.* cum Goueano *in d. l. 18.* Cuiacio *ad Afric. tract. 7. in d. l. 18.* reſpondet *legem 18.* loqui de pacto nudo: legem v. penult. de pacto, contractui adiecto, quod nudum non eſt & obligationem parit: idq; aiunt parere ex verbis Imp. in *d. l. pen. ſi quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit non vſurũ fori præſcriptione &c.* Et rurſus: *Sancimus nemini licere aduerſus pacta ſua venire & contrahentes decipere*: quæ verba contendunt pacta in ipſo inſtrumẽto contractus vel in continẽti poſt adiecta fuiſſe: porro pacta huiuſmodi q̃ cõtractibus adiiciunt ineſſe contractui & obligationem parere *ex l. 7. §. quinimo. ff. de pact. l. in bonæ fidei C eod.*

Reſpond. Veruntamen huic ſententiæ grauiter obſtat, ꝙ eadem ratio, ob quam Imp. *in d. l. pen.* prohibet à cõuentione recedere obtineat in quouis pacto cõtractui etiam non adiecto ex *l. 1. pr. ff. de pact.*

Præterea ex hac interpretatione præſupponendũ foret, eum, qui pręſcriptioni fori renunciauit, ab incompetente iudice citatum, comparuiſſe & præſcriptionem illã oppoſuiſſe, quo caſu res non amplius foret in modis cõuentionis terminis, ſed præterea ipſe ẽt iudex eſſet aditus: de quo tñ hic nulla eſt quæſtio, ſed illud ſolum inquiritur: an ſi citatus cõparere nolit, poſſit cogi ex conuentione ſua. Vult. *in l. 1. C. de iuriſd. n. 149 89.* Tertio Duarenus putat *d. l. 18.* abrogari & corrigi per *l. pen. C. de pact.* reſpond. Quæ reſponſio eã ob cauſam aliis diſplicet, quod *in d. l. pen.* nullum omnino verbum reperiatur vnde colligi poſſit talis correctio. Quarto Autor noſter reſpõdet pœnitentiã permitti, vbi quis non ſui iudicis iuriſdictionem prorogauerit, vt in *d. l. ſi conuenerit 18.* Non vero admitti vbi quis ſui iudicis, ſed quem præſcriptione fori declinare poterat, iuriſdictionẽ proroget:

roget: hunc enim pactum ſeruare debere, ita vt ipſi, ne quidē ante aditum iudicem pœnitere liceat *l. pen. C. de pact.* in qua Iuſt. id, quod apud veteres controuerſum fuerat, vt patet ex verbis (licet antea dubitabatur) decidit. Reſpond. Fachin. huic ſolutioni fortiter obſtare quod ratio ICti *in d. l. 18.* non ſit alia, niſi quod illud pactum nudum ſit, & ideo nullam producat obligationem *l. 7. §. igitur nuda ff. de pact.* quę ratio etiam locum habeat in illa ſpecie de qua *d. l. pen* loquitur. Quinto Donell. reſpondet in *l pen. C. de pact.* promiſiſſe aliquem, ſe ad ſuum iudicem non reuocaturum: hunc a. id agere, vt aduerſarium liberet neceſſitate, ad eum iudicem veniendi: *in l. autem 18.* promiſiſſe aliquem, ſe ad iudicē iturum, qui id egerit vt ipſe obligetur: at priorem conuentionem ſeruandam exceptione tantū opus eſſe actori ne cogatur ad eum iudicem venire: ad poſteriorē vero opus eſſe actori actione, vt aduerſarium ad eum iudicem de quo conuenit, pertrahat: porro certi iuris eſſe omnia pacta exceptionem parere: at nō actionem.

Sexto Anton. Fab. ait, eum qui competens eſt magiſtratus iuriſdictionem habere etiam in inuitum *l. 4. C. de Iuriſd. l. 83 §. 1. ff. de V. Oblig.* ſed qui eſt incompetens, non poteſt habere niſi in volentem *l. ſi quis filio 6 §. quid. ſi quis. de iniuſt rupt. & irrit fact. teſt.* volens a. intelligitur non qui voluit, ſed qui vult eo præciſe tempore, quo exercetur primus actus iuriſdictionis, interim igitur locum eſſe pœnitentiæ; non idem eſſe ſi quis promiſerit ſe non vſurum præſcriptione fori *d lege pen. C. de pact.* præſcriptionem enim illam non habere locum, niſi aduerſus ordinariam & competentē iuriſdictionem; ideoq; ſi non opponatur, non ideo minus valere ſententiam: adeoque, ſi opponatur poſt litem conteſtatam *d. l. 4. C de Iuriſd. l. fin. C. de except.*

Qu. 69. Quomodo Iuriſdictio prorogetur?

Sed quomodo Iuriſdictio vere prorogetur, quæſtionis eſt? Et quidem quod ſolo & nudo conſenſu, aut certe alio etiā aliquo modo, quam litis conteſtatione vera prorogatio fiat, ſtatuunt Donell. *17. Com 10. pag 41 in fin. & ſeq.* Cuiac. *ad Africa. tract. 7. in d. l. 18.* Coraſ. *4. miſc. 5. & in l. 18.*

1. Quia is qui ſtipulatione promiſit adire iudicem incompetētem iam neceſſitate obſtrictus eſt ad adeundum, cum conuentioni ſtare cogatur actione quæ ex ſtipulatione naſcitur: proinde priuſquam adeat promiſſor iudicem incompetētem, iam intelligitur ſeſe ſubieciſſe iuriſdictioni eius, eamque prorogaſſe.

2. Per *l pen. C. de pact. & l. ſi quis in conſcribendo C. de SS. Eccleſ. in quib. dicit Imp.* Eū, qui pactus eſt ſe non vſurum fori præſcriptione, non debere aduerſus conuentionem ſuam venire: quod ſi verum eſt, aditio neceſſaria non eſt; imo nec ſtipulatio quidem, ſed ſolum etiam pactum nudum ſufficit.

3. Quia ſi per litis tantum conteſtationem fit prorogatio, non poteſt ratio dari, cur Iuriſconſultus in *d. l. 18.* aditionis potius quam litis conteſtationis mentionem fecerit: ſiquidē ex litis conteſtatione per ſe ipſum patuiſſet iudicē eſſe aditum, non viciſſim ex aditione inferatur litis conteſtatio.

Sed hæc opinio diſplicet Vulteio *ad l. 1. Codic. de Iuriſdict. n. 138.* Anton. Fab. *in Ration ad l. 18. ff. de pact.* Bocer. *cap. 7. de Iuriſd. n. 38. & ſeq.* qui ſtatuunt ſola litis conteſtatione fieri prorogationem.

1. Quia ICtus in *l. 18. ff de Iuriſd.* expreſſe ait: *ſi conuenerit vt alius prætor, quam cuius iuriſdictio eſſet, ius diceret, & priuſquam adiretur mutata voluntas fuerit, proculdubio neminem compelli, eiuſmodi conuentioni ſtare.* Ex quibus verbis euidenter apparet, vt Iuriſdictio vere ſit prorogata non ſufficere conuentionem ſed aditionem requiri.

Reſpondent nonnulli illam *l. 18.* eſſe intelligendam de conuentione tantum nuda: non v. de ſtipulatione.

Sed replicat Vulteius verbum *conuentionis* eſſe generale *in l. 1. §. .. ff. de pact.* & tam

nudo

Digitized by Google

nudo pacto, quam ſtipulationi aliiſq; cõtractibus competere;atq; eo modo generaliter accipi *in d. l.ſi conuenerit 18.*

2. Quia Vlpian. *in l.5. ff. de iudic.* ait expreſſe: ſi ſe ſubiiciant aliqui iuriſdictioni & conſentiant inter conſentientes cuiuſuis iudicis, qui tribunal. præſit, vel aliam iuriſdictionem habeat eſſe iuriſdictioné. Proinde ad prorogationẽ requiritur præter conſenſum etiam, vt ipſo facto litigantes ſeſe ſubiiciant. Iam v. ſubiiciunt ſe cum effectu, non niſi illi qui iudicem adierunt.

3. Quia actum aliquem iuriſdictionis eſſe neceſſarium ad prorogationem conſtare videtur ex *l. 2. §. 1. ibi & putat ſuam iuriſd. ff. de iudic* Anton. Fab. *loco allegato.*

4. Quod per litem demum conteſtatam & non per alium actum aut conſenſum ſolum iuriſdictio prorogetur, colligi videtur manifeſte ex *l.ſi cum 22. §. eo autem tempore ff. ſolut. matr. l non videtur ff. de iudic. l. nemo C. de iuriſdictione.* His ita cõſideratis, nõ erit difficile ad cõtraria argumenta reſpõdere. Nã ad *primũ* bene reſpondet Vulteius, per ſtipulationem nondum intelligi prorogatam iuriſdictionem, quoniam promiſſor cogi non poteſt actione ex ſtipulatu, ad adeundum, ſiquidem nemo ex faciendi obligationibus præciſe cogitur ad faciendum; ſed liberatur præſtatione eius quod intereſt: *l. 54. ff. de V.O.* proinde cum defugere poſſit hoc caſu promiſſor iuriſdictionem iudicis, in quem antea cõſenſerat, præſtatione eius quod intereſt, dici non poteſt prorogatam eſſe iuriſdictioné; illumq; iuriſdictioni illius iudicis ſeſe ſubieciſſe. Preterea etſi p̃ciſe cogeretur ſtare cõuentioni promiſſor, tñ nondũ diceretur prorogata iuriſdictio, cum ad prorogationẽ requiratur vt iudex incompetens ſit aditus *d. l. 18 ff. de iuriſd. l. 1. ff. de iud.*

Ad ſecundum reſpondetur in hiſce ll. nihil agi de ꝓroganda iuriſdictione iudicis incõpetentis; ſed de nõ vtendo priuilegio aduerſus forum iudicis, alias cõpetentis: ꝓut ẽt ſupra in quæſt. p̃ced. ex Donello reſpõdebatur: vbi plures vide reſpõſiones.

Ad poſtremũ reſpondetur cur ICtus vſus fuerit potius verbo *aditionis*, quam *litis conteſtationis* rationẽ dari quidẽ nõ poſſe: interim tñ hoc in arbitrio eius fuiſſe, vel hoc, vel illo vti. Quod a. per aditionẽ intelligatur litis cõteſtatio, ſic vt ita demum iudex aditus cẽſeatur, cũ corã ipſo lis eſt cõteſtata, id clare patet ex *l. 1. C. de iuridict.* in qua litiganter dicũtur iudicis illius, cuius iuriſdictionẽ ꝓrogarunt, audientiã elegiſſe: at v. is demum audientiã iudicis elegiſſe dicetur, qui vocatus ad iudicẽ venit & ibi cognita actione aduerſario, de re reſpondens & aut inficiãs intentionẽ aut defenſione aliqua actionẽ remouens fori præſcriptionẽ omiſit Donell. Idemq; confirmatur ex *l. ſed etſi ſuſceperit in pr. ff. de iud.* in qua is, qui iuriſdictionem prorogarat, litẽ ſuſcepiſſe dicitur: at v. litem ſuſcipere reus non dicitur, niſi litem ſit conteſtatus.

Si iuramento ſit facta prorogatio id eſt ſi iuramẽto ſit ꝓmiſſum iudicẽ incõpetẽtem adire, an liceat pœnitere, etſi iudex nondum ſit aditus? Controuerſum eſt.

Lit. I. Qu. 70. Si iurata ſit conuentio an adhuc pœnitere liceat?

Negant Couarr. ad cap. quãuis de pact. in ſext. *part. 1. §. 4 n. 7.* Fachin. *1. coniect. 61.*

1. Quia ſi ꝓmiſſio fuerit iurata, tenebitur omnino promittens & p̃ciſe erit cogendus facere. *c. quarc. lã. ne prælat. vices ſuas.*

2. Quia omne iuramentum, quod ſeruari poteſt abſq; diſpendio æternæ *ſalutis*, & proximi præiudicii, illud religioſe ſeruari debet *c. quamuis de pact. in ſext.*

3. Quia huius ꝓmiſſionis & prorogationis, ꝓpria natura eſt, vt omnino ſeruetur, tametſi ex decidenti, ne quis cogatur coram iudice non ſuo litigare, admittatur pœnitentia: quod n. ad *l ſi conuenerit 18. ff. de iuriſd.* Intelligenda eſt de volũtate mutata, vtriuſq; paciſcentis. 4. Quia ſecũdũ quoſdã iure Canonico in ſpecie *d. l. 18.* etiãſi illa accipiatur ſecundũ cõmunem intellectũ, nõ eſt locus pœnitentię: vt ſic eſſet diſtinguendũ inter ius ciuile & Canonicũ Cou.

5. Quia iuramentũ obligat iurantẽ poſthabitis iuris ciuilis regulis *c. cum contingat de iureiur.* Fachin.

FINIS DISPVTATIONIS TERTIÆ.

Digitized by Google

VOLVMINIS PRIMI

DISPVTATIONIS QVARTÆ

De

IN IVS VOCANDO ET EDENDO,

QVÆSTIO I.

I. *An priuatus propria autoritate poterit aduerſarium in ius vocare?* 252.

II. *An reus qui ſequi ſponte nolebat, potuerit olim obtorto collo & vi in ius trahi?* 254

III. *An in ius vocatio prior ſit, an vero actionis editio?* 255

IV. *An coram tribunali tantum, an vero & alibi cauſæ cognitio fieri potuerit?* 258

V. *Quo tempore vetus citandi mos in deſuetudinem abierit?* 261

VI. *Cui fiat actionis editio?* 262

VII. *Quæ ſint citationis ſpecies?* ibid.

VIII. *Quinam habeat ius citandi?* 263

IX. *Quare nomen iudicis in citatione ſit exprimendum?* ibid.

X. *An nomen citati in citatione exprimi debeat & quare?* 264

XI. *An in citatione nomen actoris citantis exprimi debeat & quare?* ibid.

XII. *An in citatione cauſa ſit exprimenda & quare?* ibid.

XIII. *An ad certam cauſam citatus teneatur ad aliam reſpondere?* 265

XIV. *An citatio ad diem feriatum facta ſubſiſtat?* 267

XV. *An hora ſit exprimenda in citatione?* ibid.

XVI. *An dies aſſignationis termini ſit in termino computandus?* ibid.

XVII. *An citatio poſſit expediri ſine commiſſione iudicis competentis?* 268

XVIII. *An citatio mariti facta vxori, recte cenſeatur eſſe facta?* 269

XIX. *An citationis executio poſſit fieri die feſto?* 271

XX. *An arbiter compromiſſarius habeat ius citandi?* 272

XXI. *An & quatenus citatio ad incompetētem iudicē facta ſit efficax?* 273.

XXII. *An extra territoriū ad ſolam rei ſciētiam habendam citatio fieri poſſit?* 274

XXIII. *An ſententia nullius ſit momenti, ſi is cuius intereſt citatus nō ſit?* 275

XXIV. *Quinam magiſtratus non poſſit in ius vocari?* 276

XXV. *An Edictum prætoris de non vocan'is ſine venia quibuſdam perſonis ſit hodie ſublatum?* 279

XXVI. *An vaſallus poſſit dominum ſine venia in ius vocare?* 280

XXVII. *An diſcipulus præceptorē ſine venia in ius vocare poſſit?* 282

Digitized by Google

XXVIII. *An priuignus poſſit nouercam in ius vocare venia nō impetrata? ibid.*
XXIX. *An patre mortuo liceat nouercam ſine permiſſu ſpeciali in ius vocare?* 384
XXX. *Quinam ſit ille qui equo publico in cauſa publica vehi aucitur? ibid.*
XXXI. *An pupilli, non habētes tutores, poſſint citari & in ius vocari?* 285
XXXII *An pupillus realiter citari poſſit?* 286
XXXIII. *An fœmina realiter citari poſſit? ibid.*
XXXIV. *An quis ex templo poſſit realiter citari?* 288
XXXV. *An miles poſſit realiter citari? ibid.*
XXXVI. *An minores poſſint realiter citari?* 280.
XXXVII. *An legum Doctores & Academiarū profeſſores citari valeant? ibid.*
XXXVIII. *An Princeps ex plenitudine poteſtatis poſſit citationem omittere? ibid.*
XXXIX. *An ſufficiat vna citatio generalis?* 290.
XL. *Quando non ſit locus peremptoriæ citationi?* 192
XLI. *An per ſolam litis conteſtationē perpetuetur iuriſdictio delegata? ibid.*
XLII. *Cui applicetur pœna actionis popularis?* 293
XLIII. *An actio aduerſus contumacem cōpetens ſit priuata, an popularis?* 295.
XLIV. *An ſimplex citatio in contumacia cōſtituat citatum non comparentem?* 298
XLV. *An litis damno afficiatur cauſamque perdat contumax?* 299
XLVI. *An contumax pœnitens & ſe ſiſtens à banno abſolutione indigeat? ib.*
XLVII. *Si citatus ad tertiam demum citationem compareat, an impenſas prima & ſecunda citationis præſtare teneatur?* 300
XLVIII. *Quidnam ſit libellus?* 301
XLIX. *Quænam ſint ſpecies libelli? ibid.*
L. *Quænam ſit forma libelli?* 302
LI. *Qualis debeat eſſe narratio libelli? ibid.*
LII. *Qualis debeat eſſe libelli concluſio?* 303
LIII. *Exordium libelli quid continere debeat? ibid.*
LIV. *An nomen actionis in libello ſit exprimendum?* 304
LV. *An libellus vitietur, ſi inepta actio nominetur?* 305
LVI. *Quomodo libellus in formam Enthymematis ſit concipiendus?* 306
LVII. *Si parte contra obſcurum libellum nō excipiente ſententia feratur, ea ſit rata?* 307
LVIII. *Quare libellus generalis non admittatur? ibid.*
LIX. *Quando admittatur libellus alternatiuus?* 308
LX. *Quibus caſibus poſſit concluſio omitti?* 309.
LXI. *An locus & tempus perpetrati criminis poſſint omitti? ibid.*
LXII *Quibus caſibus ſine libello procedatur?* 310
LXIII. *An clauſula non adſtringens ſe ad ſuperfluam &c. vitioſe exordio libelli inſeratur? ibid.*
LXIV. *An vitioſe adijciatur narrationi clauſula, ſe hactenus reum de ſolutione amice compellaſſe?* 311
LXV. *An vtiliter adijciatur poſt concluſionē clauſula, peto reum veſtra ſententia condemnari? ibid.*
LXVI. *An vtiliter adijciatur hac clauſula cum pertinentijs ſuis? ibid.*
LXVII. *An vtilis ſit clauſula ſaluo iure addendi? &c.* 312

RESO-

RESOLVTIO DISPVTATIONIS QVARTÆ,

DE IN IVS VOCANDO ET EDENDO,

THESIS PRIMA.

Lit. A. IN ius vocare eſt iuris experiũdi cauſa aliquem vocare, teſte Paulo in *l. 1. ff. de in ius voc.* & vt Iuſtinianus ſcribit, in ius vocare eſt ad eum vocare, qui ius dicturus eſt, hoc eſt ad prætorem ac magiſtratum populi Romani: hic quippe ius dicebat ac iuriſdictioni præerat.

Sciendum quippe eſt, aliud olim fuiſſe *Ius*, & aliud *iudicium*: aliud quod in iure fiebat, & aliud quod in iudicio: in iure agi dicebatur, quod apud prætorẽ magiſtratumue, cuius eſſet ea de re iuriſdictio, agebatur: in iudicio vero quod apud iudicem pedaneum ſiue datum à magiſtratu, peragebatur.

Quare in ius vocatio non fiebat ad iudicem pedaneum, vt qui ius non diceret, nec iuri præeſſet, nec vllam iuriſdictionẽ haberet, ſed vt dixi, ſolũ ad magiſtratum.

Etenim olim ſic more receptũ ac iure cõparatum erat, vt qui ius ſuum in iudicio perſecuturus eſſet, prius accederet magiſtratum eiq; ſignificaret, alium ſibi ad quippiam præſtandum aut ad rem ſuã reſtituendam teneri, peteretq; vt prætor iudicem daret, qui ea de re cognoſceret & pronunciaret; quo peracto prætoris erat cognoſcere, vtrumne, quod alter dicit cũ altero ſe contraxiſſe, vel egiſſe, tale ſit, vt exinde obligatio vel actio iuſtaq; rei petitio iure eſſe poſſit: hęc autẽ cognitio fieri & ſuſcipi nõ poterat, niſi vtraq; parte auditâ: proinde pars aduerſa hui⁹ rei cauſa in ius, hoc eſt, ad magiſtratum, vocãda erat, qui cognita cauſa, cum deprehẽdiſſet tale inter vtrumq; negocium dici interueniſſe, ex quo alter alteri iure obligari potuerit, iudicem dare ſolebat, qui plenius de re atque ipſo facto cognoſceret & ſecundum ius formulamque à prætore ipſi præſcriptam, ſententiam ferret.

Diuerſiſſimum igitur erat ius à iudicio: in iure ſiquidẽ de iudicio cõſtituẽdo agebatur, in iudicio de ipſo negocio controuerſo: in iure ſpecimẽ dũtaxat litis futurę edebatur, in iudicio lis omnis plene expediebatur: in iure quæſtio ſuper facto nulla erat, ſed factũ præſupponebatur, atque de eo, quid iuris eſſet cognoſcebatur: at in iudicio omnis & ſola quæſtio eſt de facto.

Hinc quoque in ius vocatio olim diuerſa erat à citatione: illa enim, vt modo dictũ, fiebat ad tribunal prætoris & magiſtratus: citatio autem ad iudicem pedaneum ſiue datum.

Nec ad rem facit, quod interdum qui in ius vocatur, dicitur vocari ad iudiciũ,

vt in *l. 28. ff. de admin. tut. l. 2. §. 2. ff. qui ſatiſd. cog. l. 3. de eo per quem fact.*

Reſp. Nam id, quod in iure fit, certo etiam reſpectu dicitur fieri in iudicio, quatenus videlicet illud ad huius inſtructionem & præparationem pertinet. Alias, proprie & accurate loquendo, in ius vocatio non fit ad iudicium, ſed ad ius, hoc eſt, cum qui ius dicturus eſt, vnde Vlpianus hæc verba prætoris, *Ne quis eũ qui in ius vocabitur, eximat*, interpretans, *ſi quis*, inquit, *ad pedaneum iudicem vocatũ eximat, pœna huius edicti ceſſabit. l. 3. ff. Ne quis eum qui in ius vocat.* Et ita Vult. *ad pr. Inſtit. de Act. num 53. & ſeq.* & in *diſceptat. Scholaſtic. cap. 1.* Goueanus *1. variar. lect. cap. vlt.* Donellus *23. comm. cap. 2. Duar. 1. animaduerſ. diſp. 1.*

Lit. B. Qu. 1. *An priuatus propria autoritate potuerit aduerſariũ in ius vocare?*

Cæterum in ius vocatio olim fiebat non à magiſtratu, ſed ab eo, qui acturus, iudicioque experturus erat; ita vt id faceret, vel ipſe ſolus, vel vna cum ipſo viator; ſiue apparitor.

Et quidem quod ſolus potuerit priuata propriaque autoritate actor aduerſarium ſuum in ius vocare, communis eſt interpp. iuris ſententia: verum ab ea recedit ac diuortium facit Hugo Donellus ad *rubric. Cod. de in ius voc. num. 13.* his ſequentibus rationibus motus.

1. Quod enim prius magiſtratus fuerit adeundus, eiuſque iuſſu aduerſarius in ius vocari debuerit, videtur colligi ex *l. Cum proponas C. de bonis auct. iud. poſſ. d.* in qua Imperatoris Diocletian. & Maximin. Conſultorem ſic alloquuntur: *Eum, qui tibi obligatus eſt, ſecundum iuris rationem adito Rectore prouinciæ, potes conuenire*: non contenti dicere *adito Rectore prouinciæ*, addunt *ſecundùm iuris rationem*; vt intelligamus fuiſſe hanc iuris formam in iudiciis, iure tum vſurpari ſolitam, vt non conueniatur aduerſarius niſi adito præſide.

2. Idem confirmat Nouella Iuſtiniani *112, c. 3.* vbi *iubemus*, inquit, *ordinarios iudices non ſolum præconum vocibus, ſed etiam edictis propoſitis quamcunque litigatorum partem abſentem in iudicium vocare: vocem enim præconum pauci poſſunt, qui præſentes inueniuntur, audire: edicta vero per multos dies ſic poſita poſſunt pene omnes cognoſcere &c.* ex quibus verbis cognoſcitur, quod olim non ipſemet aduerſarius, propria atque priuata autoritate, potuerit in ius aduerſarium vocare; ſed authoritate magiſtratus id facere debuerit.

3. Inſuper in *l. diffamari C. de ingen. man.* interpellatus præſes dicitur vocitaſſe partem aduerſam.

4. In *l. ſi quis ex aliena. ff. de iud.* ſcribit Vlpianus: *Eum, qui in ius vocatus non venit contemnere auctoritatem prætoris.*

5. Et Paulus in *l. 2. ff. ſi quis in ius vocat. nõ ierit*, eum, qui in ius vocatus non venerit, ex cauſa à competente iudice mulctã dãnari: atqui non contemneret auctoritatẽ prętoris qui vocatus in ius nõ comparet, ſi non ab ipſo prætore, ſed à priuato, priuata autoritate vocatus eſſet. Nec à iudice competente mulctari poſſet.

6. Et ꝙ per viatorẽ, vel executorẽ litiũ in ius vocari ſolitus fuerit aduerſarius, non priuatim per actorẽ, inde patet ꝙ apparitores, qui in ius aliquẽ vocarãt, potuerint exigere ſportulas conuentionis & operæ ſuæ mercedẽ §. *Tripli. Inſt. de act.* non exacturi, haut dubie, ſi in eo non neceſſario munere fũgerẽtur: sũt autẽ viatores iidẽ, qui & veterib. dicãtur apparitores; quorũ opera in exequẽdis iuſſis ac decretis & sẽtẽtiis ſuis magiſtrat⁹ vtitur *l. ſi pignora ff. de euict.* ab apparẽdo ꝙ magiſtratui appareãt i. e. præſto ſint ad iuſſa magiſtr. capeſsẽda.

Verum enim vero tametſi ſentẽtia hęc non improbabilibus niti videatur rationibus, contraria tamẽ communi Dd. calculo approbatur, eandemque laudant ac tuentur Barnabas Briſſonius *lib. 5. form. ſolenn.* Franciſcus Duarenus *lib. 1. diſp. c. 1.* Vult in *diſcept. Scholaſtic. c. 1.* Iohann. Robert. *3. ſent. 1.* & mihi quoque arridet.

Quod enim in ius vocari propria authori-

thoritate, nullo iuſſu magiſtratus præeunte, aduerſarius potuerit probat *l. 5. ff. qui ſatiſd. cog.* in qua ita Ictus Gaius ſcribit: *qui pro rei qualitate euidentiſſime locupletem vel (ſi dubitetur) adprobatum fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa non acceperit: iniuriarum actio aduerſus eum eſſe poteſt; quia ſane non quælibet iniuria eſt duci in ius eum, qui ſatis idoneum fideiuſſorem det &c.*

Ecce hic dicitur, iniuriarum actionem competere aduerſus eum, qui manifeſte locupletem fideiuſſorem non acceperit, ex ea ratione, quod non leuis ſit iniuria talem in ius duci. Atqui non conueniretur iniuriarum actor hoc nomine, ſi non ipſe ſed magiſtratus in ius reum vocaret.

Accedit huic & iſta ratio, quod ſi nemo inuitus in ius duci poſſet, fruſtra & abſurde exciperetur is, qui in domo ſua eſt *l pleriq. 18. ff. de in ius voc. l. 103. de reg. Iur.* hæc igitur exceptio manifeſtiſſime arguit regulam eſſe in contrarium.

Nec deſunt peruetuſta ſcriptorum Romanorum teſtimonia: ſic enim apud Plautum in *Rudent. act. 3. ſcen. vlti.* legitur.

Opta Ocijs, rapi te obtorto collo mavis, an trahi: Et paulo poſt;
Ego hunc ſceleſtum in ius rapiam exulem, age ambula in ius.

Et Horat. *Caſu venit obuius illi*
Aduerſarius & quo turpiſſime? magna
Exclamat voce: & licet anteſtari? Ego vero
Oppono auriculam rapit in ius; clamor vtrinq; &c.

Et Terentius in Phormione *actu 5. ſcena 8.* hunc morem Romanum in ius vocandi propria authoritate reos his verbis expreſſit.

Dem. *In ius eamus. phorm. in ius? hüc ſi quid lubet*
Dem. *Aſſequere, ac retine, dum hüc ego ſeruos euoco.*
Chrem. *Etenim nequeo ſolus; accurre huc,*
phorm. *vna iniuria eſt,*

Et paulo poſt. *Rape hunc phorm. Itane agitis?*

Hinc ſcilicet clariſſime relucet, quod propria authoritate, ſine magiſtratu, potuerit reus in ius vocari: nec enim Demea lictores, nec Reipubl. ſeruos, ſed ſuos euocari volebat, qui vtrumque ſe nem iuuarent.

Neque vero huic ſententiæ, tot antiquitatis teſtimonijs vallatæ, quicquam detrahunt argumenta Donelli, quæ, ſi diligentius fuerint conſiderata, minus firma ad id probandum, cuius gratia adducuntur, deprehendentur.

Nam ad primum reſpondetur in *dict. l. cum proponas. C. de bon. auctor. iud. poſſid.* hoc ſolum dici; aliquem, ſecundum iuris rationem adito rectore prouinciæ, conueniendum eſſe: atqui fieri poteſt vt quis propria authoritate nec prius adito rectore prouinciæ, aduerſarium in ius vocet, vocatumque poſt, adito rectore, ſiue coram rectore conueniat, prout etiam olim moris fuiſſe ex prædictis conſtat: nihil igitur ad rem pertinet iſta Impp. conſtitutio, vt qua non dicatur, *adito rectore aliquem eſſe in ius vocandum*, ſed *adito rectore aduerſarium eſſe conueniendum*; id quod fieri poteſt, etiam tum quando prius propria & priuata authoritate in ius vocatus fuerit reus.

Ad ſecundum ex *d. Nouell. 112. c. 3.* petitum, reſpondeo Iuſtinianum Imperatorem ideo iubere magiſtratus ordinarios, vel per edicta, vel per præconis vocé in ius vocare, quia tum temporis ipſemet magiſtratus ordinarie iudicare ſolebat; adeoque in ius vocatio loco citationis erat; interim ijs caſibus, quibus magiſtratui iudicem dare adhuc permittebatur, in ius vocatio, priuata authoritate, fieri poterat ab actore, etiam non implorata ope magiſtratus.

Ad Tertium reſpondeo ex *d. l. diffamari*, id ſolum probari quod magiſtratus vocarit reum in ius: hoc autem ſententiæ no-

ſtræ plane nihil refragatur: nam quod actor aduerſarium ſuum potuerit publica magiſtratus authoritate & ope in ius vocare, vltro largimur; adeoq; nec illud inficiamur quod à magiſtratu reus vocari potuerit, ope ipſius & authoritate ab actore implorata: ſed quod tantum publica autoritate debuerit reus ab actore in ius vocari nego & pernego. Proinde in arbitrio actoris olim fuit, quomodo in ius vocaret reum, anne priuata & propria authoritate, an vero authoritate publica magiſtratus.

Ad quartum & quintum reſpondetur, ad hoc, vt vocatus nô comparens, dicatur contempſiſſe authoritatem magiſtratus, non præciſe requiri, vt autoritate & iuſſu magiſtratus ſit vocatus, ſed ſufficere quod ſecundum album prætoris, ex quo ius eſſet redditurus, vocatus non venerit.

Ad ſextum reſpondetur, perinde vt ad tertium ſupra reſponſum fuit, nempe illud ſolum demonſtrare, quod magiſtratus auctoritate per apparitores in ius vocari potuerit reus; quod autem eo modo præciſe vocari debuerit per apparitores, iuſſu magiſtratus præcedente, nec alia ratione aut modo vocari potuerit, minime euinci poteſt ex *d.§. Tripli. Inſt. de act.*

Quare, his obſtaculis remotis, dicendum videtur, quod olim propria autoritate quiſque debitorem ſuum, non requiſita iudicis authoritate in ius vocare potuerit.

Queſ. 2. *An reus qui ſequi ſponte no iebat, potuerit olim obtorto collo & vi in ius trahi?*

Porro non ſolum permittebatur olim acturo propria ac priuata authoritate in ius vocare debitorem, ſed etiam, ſi ſequi nollet, fas erat ctori vi & obtorto collo, eum in ius trahere, prout recte Duarenus, Vult. in locis ſupra adductis ſtatuunt quibus aſſentiuntur Anton. Goueanus *1. Var. 47.* Cuiac. *10. obſeruat. 10.* Iohan. Goëd. *ad l. 9. ff. de verb. ſignif.*

Huc enim faciunt inprimis teſtimonia antiquitatis, ex Horatio, Plauto, Terentio, quæ vulgo ad propoſitum adduci ſolent, quæque in præcedenti quæſtione adducta fuerunt.

Quibus inſuper accedit teſtimonium quoque A. Gellij qui *lib. 20. Noct. Attic. c. 1.* hac de re diſſerens oſtendit in ius aduerſarium rapere vſque adeo licitum eſſe, vt etiam vitioſum & morboſum hominem, modo Sontico morbo non decumbat, rapere liceat, hoc tamen adhibito moderamine, vt ei arcera tradatur, etiam non ſtrata, aut iumentum, quo ad prætorem ducatur.

2. Inſuper non deſtituitur hæc ſententia iuris teſtimonijs euidentiſſimis: nam ſi in ius vocatus non potuiſſet vi ad magiſtratum ab actore pertrahi, non propoſuiſſet prætor edictum, ***ne quis eum qui in ius vocatus eſt, vi eximat, & tutulum, in ius vocati vt eant.***

3. Quin etiam haud obſcure id demonſtrat ICtus in *l. ſed eximendi. ff. ne quis eum qui in ius voc.* vbi in hæc verba ſcribit: ***Sed eximendi verbum generale eſt, vt Pomponius ait: eripere enim eſt de manibus auferre per raptum, eximere quoquo modo auferre, vtputa ſi quis non rapuerit quem, ſed moram fecerit, quo minus in ius veniret, vt actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videtur exemiſſe, quamuis corpus non exemerit. Sed etſi eo loci detinuerit, & non abduxerit, ijs verbis tenetur.*** Quo ex loco, inquit Goueanus, manifeſte liquet, in ius vocare, eſſe trahere ad magiſtratum.

4. Eodemq; pertinet quod Caius ſcribit in *l. ſi vero ff. qui ſatiſd. cog. qui pro rei qualitate.* inquiens, ***euidentiſſime locupletem, vel ſi dubitetur, approbatum fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa non acceperit, iniuriarum actio aduerſus eum eſſe poteſt: quia ſane non quælibet iniuria eſt duci in ius eum, qui ſatiſdoneum fideiuſſorem dat.***

Ex quo plus ſatis reluceſcit quod olim propria authoritate in ius vocari reus potuerit, alioquin actor hoc nomine, quod reum vocitaſſet iniuriarum conueniri non potuiſſet.

Non

Non aduerſatur primo, quod huiuſmodi contentionum rixarumq; ſeminarium nullo iure fuerit permiſſum, vt priuato manu iniecta, ſimulque, ſi ita opus videretur, illata vi, inuitum aliquem in ius trahere liceret atque ita nolentem repugnantemque cogere, cum id omne, quod interueniente magiſtratus autoritate trãſigi poteſt, ſicq; componi, vt diſſenſionum tumultuumque præcidatur occaſio, voluerit lex non aliter, quam per magiſtratum, eiuſue apparitorem, ſiue executorem fieri *l. æquiſſimum. ff. de vſufructu. l. is cui §. miſſo in poſſeſſionem. ff. vt in poſſ. legator. l. cõmuni diuidundo. § cum de vſufr. ff. com. diuid. l. extat. ff. quod met. cauſa.*

Hoc, inquam, non obſtat: recte enim ad hoc reſpondet Vulteius, legẽ 12. tabb. conceſſiſſe in ius vocationem fieri poſſe, vi adhibita, ita quippe in illa ſcriptũ erat: *Si in ius vocat, ni eat, manum endo iacito en capito, anteſtari: ſi in ius vocat atque eat, ſi caluitur pedemue ſtruit manum endo iacito.* Proinde vis illa, quæ inferebatur reo, in ius ſua ſponte ire nolenti, non erat illicita, ſed iure permiſſa.

Non aduerſatur præterea, quod, referente Cicerone, in *orat. pro Publ. Quinct.* lex 12. tabb. hęc fuerit: *Vis in populo abeſto:* quib. verbis oſtenditur, nihil exitioſius ciuitatibus eſſe, nihil tam contrarium iuri & legibus, nihil minus ciuile & humanum, quam compoſita & conſtituta Republ. quicquam agi per vim.

Nam, etſi hæc fuiſſet regula, quod vis à populo abeſſe debeat, ab ea tamen regula excipitur lege 12. tabb. caſus hic noſter, quo in ius vocatus ſponte ſequi nolebat.

Non reſiſtit inſuper quod vſque adeo vim nullam à priuato priuatis inferri voluerint, vt ne ex conuentionis quidem lege creditorem rei, pignori ſibi obligatæ ſine iudicis autoritate poſſeſſionem apprehendere iuris Autores permiſerint *l. 3. C. de pignoribus.*

Ac ne latitantem quidem & contra æquum bonumque manifeſte fraudare creditorem conantem debitorem, tranſacto quoque tempore, prætorum edictis præſtituto inuitum de re ſua detrudere & expellere, Cicerone teſte in *orat. pro Quinct.* nec eum, qui etiam dolo in poſſeſſionem venerit, & poſſeſſione cedere, prętore iubente, nolit, manu miniſtrorum, aut etiã prætoris poteſtate cogi voluerunt, vt diſcedat, ſed melius ciuiliuſque facturum interpretati ſunt, ſi eum per interdictum ad ius ordinarium remiſerit *l. 1. ff. ſi vent. nom.*

Reſpon. Hoc, inquam, ad propoſitum non pertinet: nam in caſibus modo recenſitis, lex vim adhiberi non ſolum non permiſerat, ſed expreſſe etiam vetuerat; at in caſu noſtro vim adhibere lex permiſerat, vt ſupra fuit oſtenſum. Et ratio cur non poſſit creditor ex conuentione rei pignoratæ poſſeſſionem apprehendere, & cur latitans non poſſit inuitus de re ſua detrudi, nec vi deijci queat, qui dolo in poſſeſſionem venit, ratio, inquam, horum ea eſt, quod nemini res ſua, aut quæ ſua eſſe putatur, ſine facto ſuo auferri debeat: quæ ratio aperte deficit in eo, qui inuitus, manu iniecta, ad magiſtratum pertrahitur, ſiquidem vi iſta non hoc agitur, vt ipſi aliquid auferatur aut ius ei competens interuertatur, ſed potius vt ius ei reddatur *arg. §. fin. Inſtit. de pœn. tem. litig.* atque vt de iure ſuo experiatur *l. 1. ff. de in ius vocand.*

Nihil ad rem facit quod id, quod publice per magiſtratum fieri debet, non ſit ſingulis concedendum, ne tumultus exinde oriatur *l. non eſt ſingulis. de reg. iur.*

Hoc enim recte ita accipiendum monet Vulteius, vt in caſibus, à lege expreſſim exceptis, id non procedat: atqui lege 12. tabb. caſum propoſitum expreſſe exceptũ, eademq; lege pmiſſũ fuiſſe, vt ſi neq; ſequeretur reus, neq; ſatiſdaret, obtorto

collo,

collo, in ius trahi poſſet; ad eum igitur regula *d.l. non eſt ſingulis.* accommodari non debet.

Similiter non infirmat ſententiam noſtram, quod ſpeciali duntaxat caſu quis, manu iniecta, ad prætorem trahi poteſt *l.generali 54.C.de decur.* igitur regulariter manus iſta iniectio & violenta in ius ductio prohibita intelligatur, nam manus iſta iniectio, de qua in *d.l.54.* agitur, diuerſiſſima eſt ab ea, qua quis nolens in ius ire, pertrahitur ad eum, qui ius dicturus eſt: illa enim ad eum duntaxat effectum pertinet, vt is, cui manus iniecta eſt, cuſtodiatur, ne elabatur: at hæc, de qua in præſentiarum agitur, non eſt ob vllam cuſtodiam comparata. Equidem manus iniectio, ad cuſtodiam facta, omni iure regulariter eſt prohibita, neque cuiquam priuato carceres priuati, præterquam in caſibus exceptis, & in iure expreſſis, conceduntur, idq; ſolum arguit *d.l.54.C.de decur.*

Poſtremo ſententiæ noſtræ non reſiſtit quod in *l.pen. verſic. cæterum. ff. ne quis eum, qui in ius.* Vlpianus ſcribit: in ius vocato, vi ab alio exempto, ſi poſtea in iudicio is ſteterit, pœnam illius edicti ceſſare.

Hinc enim perperam Robertus colligit quod comparitio in iure ad neceſſitatem ſolum iuris referatur, & conſequenter non poſſit reus ab actore in ius, manu iniecta, & violenter trahi.

R. Nam bene hoc Vulteius, vt & cætera Roberti argumenta, diſſoluit, conſequentiam negando, quia etſi iuris neceſſitate adſtringatur reus, legitime vocatus, comparere, tamen ſi id non fecerit, nec ſequi in ius actorem voluerit, facultas ſit actori vi in ius rapere. Quod vero eximens ita in ius vocatum, pœnam euitat, ſi producatur & ſiſtatur reus, eius non hæc eſt cauſa, quod vocatio iuris neceſſitati tribuatur, ſed quod verba cum effectu ſint accipienda *d.l.pen.* exemptus autem non intelligatur, qui poſtea ſiſtitur neq; vocantis amplius interſit, cui ſoli ex edicto actio in factum datur, meramque pœnam perſequitur.

His proinde obſtaculis ordine remotis, relinquitur, olim reos atque debitores non ſolum propria autoritate, nullo iuſſu aut permiſſu magiſtratus præcedente, in ius vocari potuiſſe ab actoribus, ſed etiam, ſi ſequi ſponte nollent, nec ſatis darent, manu iniecta, obtorto collo in ius pertrahi potuiſſe: quod tamen hodie, vt mox dicetur, mutatū eſt, ſic vt nemo citari vel in ius vocari poſſit, niſi iuſſu & authoritate magiſtratus.

Quod ſi reus vocantem in ius ſequeretur neceſſaria erat actionis editio, vt ſciret reus vtrum cedere, an vero contendere deberet, quoque inſtructus in ius veniret vt ſcribit Vlpianus in *l.1. ff.de edendo.* *Lit.C.*

Sententia igitur Autoris noſtri hæc eſt, quod in ius vocatio, vel hodie citatio præcedat, ſequatur actionis editio: verum hoc valde controuerſum eſt, de eoq; reperio tres diuerſas Interpp. & Dd. opiniones.

Quæſt.3 *An in ius vocatio prior ſit, an vero actionis editio?*

Nam quidam contendunt in ius vocationem eſſe priorem editione actionis, vt hic Autor: alij libelli editionem præcedere exiſtimant in ius vocationem: quidam denique ſtatuunt in ius vocationem & editionem libelli tempore eſſe ſimul.

Prima opinio defenditur ab Hugone Donello *lib.23. Com.3.* & his fundamentis nititur.

1. In *§.fin.ff.de pœn.tem.litigant.* Iuſtinianus ſcribit: ***omnium actionum inſtituendarū principium ab ea parte edicti proficiſci, qua prætor edicit de in ius vocando: vtiq; enim inprimis aduerſarius in ius vocandus eſt, i.e. ad eū vocandus eſt, q ius dicturus eſt.*** Quod ſi vero editio actionis prior eſt in ius vocatione, nō poteſt in ius vocatio eſſe principiū actionum inſtituendarū: nam & editio libelli

ex

ex iis rebus eſt, quæ ad inſtituendam actionem pertinent, cum ſine ea fruſtra inſtituatur actio *l.1.ff.de edend.*

2. Accedit quod primum ſit natura vt oſtendamus nos velle cum aliquo iudicio agere, idq; ei denũciemus, proximũ vt qua actione agere velimus & quid petere, demonſtremus. Hic igitur naturæ ordo ſeruandus, vt prius in ius vocetur aduerſarius, poſt ipſi actio edatur.

3. Quin & Iuſtinianus iubet libellum offerri ei, qui in ius vocatur *Authent. offeratur C. de litis conteſt.at.* Quo ſignificatur, in ius vocationem eſſe priorem libelli oblatione.

4. Atque hanc ſententiam confirmat etiam ordo titulorum in Dig. obſeruatus: nam titulus de in ius vocãdo præponitur titulo de edendo, quo ipſo quoque haud obſcure ſignificatur, quod prior ſit in ius vocatio editione actionis.

Secunda opinio, quod ſcilicet editio libelli præcedat in ius vocationem, arridet Vulteio ad *pr.l.de act.n.44.*

1. Quia in Codice titulus de edendo præponitur titulo de in ius vocando.

2. Quia olim & ſecundum veterem ordinem iudiciorum non ante vocatus fuerit reus, quam eſſet actio, at actionem eſſe ſciri non potuerit, niſi ea ederetur. Cuiac. *lib.10.obſ.10.* neque ſi hodiernum vſum attendamus, citatio à iudice decernitur, niſi in ſupplicatione pro citatione decernenda ſpecies futuræ litis ſummatim demonſtretur, vel vna cum ipſa libellus quam primum exhibeatur. Et hunc eſſe ordinem in practica vt primum libellus præſentetur iudici & poſtea ſuper eo expediatur citatio, monet Robertus Maranta, in *ſpec. part.6.c.de libelli oblat. in fine.*

Tertiam opinionem dixi eſſe illorum qui ſtatuunt in ius vocationem natura priorem eſſe editionem actionis eandemque olim & tempore præceſſiſſe: at hodie tempore vtramque eſſe ſimul.

Et quod olim vocatio in ius præceſſerit editionem libelli, probat euidenter elegans locus apud Plaut. in *Perſa act.4.ſcena 9.* vbi hæc verba habentur: *Age ambula in ius. Quid me in ius vocas? illic dicam apud pretorem*, ex quo liquet, quod more iudiciorum vetere, non ſtatim, cum quis in ius vocatus erat, eidem & actio edita fuerit, ſed tunc demum poſtquam ad prætorem venerat vocatus, vbi edita actione, non cogebatur illico reſpondere ad libellum, ſed ſpacium meditandi & deliberandi concedebatur, ac tempus præfiniebatur, quo ſe denuo ſiſteret & ad libellum reſponderet *l.1.ff.de edendo.*

At vſu hodierno dixi citationem & editionem tempore eſſe ſimul, quia eodem tẽpore, quo quis in ius vocatur, eidẽ & edi actio ſolet, vt cuius tenor citationi inſeri ſoleat vt mox pluribus dicetur. Non obſtant argumenta Vulteij quibus euincere conatur, quod editio libelli ſit prior in ius vocatione: non ſane primum ex ordine & collocatione titulorum de in ius vocando & edendo, in codice obſeruato. Nam, præterquam quod argumentum, quod ex ordine & collocatione titulorum ducitur, valde ſit infirmum, cum accuratam methodum, in iure obſeruatã non eſſe cõſtans ſit opinio Dd. & præſens exemplum titulorum de in ius vocando & edendo in pandect. & Cod. ſatis abundeq; demonſtret, valde mihi probatur de collocatione hac prædictorum titulorum ſententia Donelli, qui ait, alium eſſe ordinem cogitandi & ſe comparandi; alium faciendi & exequendi, quod quis conſtituerit. De re, ſi cogitare & ſe præparare quis voluerit, neceſſum eſt prius comparare libellum quem in promptu habeat, vt ei, quem vocet, offerat: at ſi rem prouiſam exequi velit natura non patitur aliter, quam vt prius in ius vocet aduerſariũ, ac deinde cur vocet, oſtendat. Igitur agendi ordine vocationẽ priorem eſſe, editionem ſequi, ordine vero ſe ad agendũ præparãdi libellũ eſſe priorẽ in ius vocatione.

Digitized by Google

Lit.D.
Quæſ.4
An coram tribunali tantũ, an vero & alibi cauſæ cognitio fieri potuerit?

Poſtquam vocatus, in ius peruenerat, eique actio edicta erat, ſolebat prætor de cauſa cognoſcere & inquirere vtrumne talis eſſet, ex qua actio concedi deberet, vel potius huiuſmodi eſſet, ex qua ab initio ſtatim deneganda foret actio: quæ cauſæ cognitio fiebat per interrogationes, nec alibi, quam in iure, hoc eſt in loco, in quo prætor, ſalua maieſtate Imperij ſui, ſaluoque more maiorum, ius reddit, fieri oportebat. Sed num etiam in domo prætoris vel in itinere?

Affirmandum hoc videtur primo per textum expreſſum in *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in iure fac.* in qua ita Vlpianus: quod ait prætor, qui in iure interrogatus reſponderit, ſic accipiendum eſt apud magiſtratus populi Romani, vel præſides prouinciarum, vel alios iudices: ius enim eum ſolum locum eſſe, vbi iuris dicendi vel iudicandi gratia conſiſtat, vel ſi domi, vel in itinere hoc agat.

2. Confirmatur eadem ſententia *arg. §. 2. I. de libertinis*, vbi Iuſtinianus ait *coram pratore, præſide vel proconſule quouis in loco poſſe manumiſsionem celebrari, adeo vt vel in tranſitu fieri poßit, cum prator, aut præſes, aut proconſul ad balneum vel in theatrum eunt.* Ex quo relucere videtur, quod magiſtratus ius reddere poſſit quouis in loco, etiam domi, etiam in itinere, quotiens ſcilicet ius dicit de plano in illis cauſis, quæ ſine cognitione cauſæ vel cum cauſæ cognitione ſummaria expediri poſſunt.

Cæterum quod nec domi, nec in itinere interrogationes huiuſmodi fieri potuerint, hinc probare conantur, quod ICtus in *l. penul. ff. de Inſtit. & iure*, ius dicit eum eſſe locum, in quo prætor ſalua maieſtate Imperij ſui, ſaluoque more maiorum, ius dicere conſtituit: atqui domi & in itinere ius de interrogationibus dicere, inuſitatum eſt: cum Verres à Cicerone multoties reprehẽdatur, quod de rebus etiam leuioribus domi ſuæ ſtatuerit.

2. Accedit quod alias Vlpianus in *l. 4.* non recte dixiſſet eum ſolum locum eſſe ius, in quo iuris dicundi cauſa conſiſtitur, ſi etiam cubiculum, aut balneum, aut culina prætoris eo nomine, intelligi potuiſſet.

3. Quemadmodum interrogationes in iure, quæ in cauſis capitalibus quondam fiebant, nunquam, niſi apud prætoris tribunal, ſcribis & lictoribus apparentibus, fiebant, vt ex Aſcanio Pediano conſtat: ita dubitari non debet, quin ciuilibus in cauſis eadem ſolennitas adhiberetur.

4. Inſuper ſatis conſtat, eum, qui in iure interrogandus erat, in ius ab aduerſario vocari ſolitum fuiſſe *l. 1. ff. de inſpic. ventre.* Atqui in ius vocare non eſt in domum prætoris, in cubiculum vocare; cum ibi ius non ſit quenquam conueniri, vt ait *l. 2. ff. ne quis eum qui in ius.*

5. Præterea videmus dici prætorem interdum cognoſcere, cum quæritur an quis interrogari debeat *l. 9. §. illud. ff. de interrog.* Atqui abſurdum eſt exiſtimare, prætoris cubiculum ad cauſæ cognitionem idoneum eſſe locum *l. 9. §. 1. ff. de offic. proconſ.*

6. Ad hæc interrogationes fiebant interdum ab ipſo prætore, interdum ab aduerſario *l. 9. §. 1. ff. de interrog.* ſed tamen ſemper in iure: atqui non eſt veriſimile, aduerſario licuiſſe alium in locum interrogandi cauſa poſſeſſorem vocare, quam ad tribunal eius, qui iuriſdictioni præerat *l. 2. ff. ſi quis in ius vocat. l. 13. §. 3. ff. de iniur.*

7. Vbicunque de hoc interrogationum genere mentio fit, ſemper illæ duæ voces adhibentur, in IVRE, vel certe IN IVDICIO *l. 4. ff. hoc tit.* atqui ſi ſatis fuiſſet quouis in loco interrogare, fruſtra ICti toties illas voces inculcaſſent.

8. Poſtremo pro hac ſententia ita argumentatur Author noſter: confeſſus habetur pro iudicato: Iudicatum eſt à prętore,

pro

pro tribunali ſedente: ergo & confeſſio in iure facta eſt, pro tribunali prætore ſedente, & conſequenter *ius* ſignificat locũ vbi tribunal habet magiſtratus.

Ad primum contrariæ opinionis fundamentum, quod extat in *d.l.4.§.1.ff.de interrog.* reſpondet Hotomannus in *verſ.vel ſi domi &c.* legendum eſſe, pro *vel*, *non*, quaſi Ictus Vlpianus ſcripſiſſet *non ſi domi vel in itinere hoc agat*, quam emendationẽ etiam Author noſter, prædictis rationib. motus, amplectitur.

Ad alterum reſpondetur, quod manumiſſio, quæ fit per vindictã, quouis in loco coram prętore fieri poteſt, id in fauorẽ libertatis ſingularem eſſe receptũ, cuius intuitu multa conſtituta ſint contra communes iuris ciuilis regulas *§.vlt.l.de donat.*

Mihi, vt ingenue fatear quod res eſt, valde arridet ſententia Roberti, qui *lib.1. recept.lect.c.13.* circa propoſitam quæſtionem diſtinguit, vt eorum, quæ ius dicenti iudicantiue incumbunt, alia cauſæ cognitionem exigant, quæ nec decreto, nec ſententia, ſiue definitiua, ſiue interlocutoria alio loco ſ[illegible] ex expedire poteſt, quã pro tribunali *l.cum ſententiam.C.de ſent.& interlocut.l.A procedente.C.de dilat.* alia vero eſſe, q̃ fiant vel ſine cauſæ cognitione, vel ea cauſæ cognitione, quæ fiat ſummatim, & vt vocãt de plano, expediri poſſunt, tam interpoſito iudicis decreto & pronunciatione, quam etiam ſimplici eius iuſſu, aut interueniente tantum illius authoritate, quæ quidem nihil neceſſe eſt pro tribunali aut publico loco expediri *argu.l.3.§.ſi cauſa cognita.ff.de bon.poſſ.* in quo, cum aduerſus morem maiorum, aut maieſtatem Imperij magiſtratus, nihil fiat, vt quod fieri ſemper in his conſueuerit, haud abs re locum illum, quiſquis ille ſit, iuris appellatione comprehendi, ac per conſequens quod illic factum erit, id in iure factum recte dici negari non poteſt.

Quæ ſententia, ſi retineatur, non opus eſt in *d.l.4.§.1.* cuius lectio conſtantiſſima eſt, quicquam mutari, ſed verba iſta *vel ſi domi, vel itinere* hoc agat, ad ea referri debent, quæ de plano expediri ſolent & ſummariam cognitionẽ deſiderãt.

Quod vero ad argumenta Hotomanni attinet, ea ad rem parum facere videntur.

Quod enim ad primum, illud authoritate ſolum Ciceronis nititur, cui authoritas Vlpiani & Iuſtiniani non immerito opponitur: deinde reprehendit Cicero Verrem propterea, quod de pleriſq; publice atq; pro tribunali peragendis, priuatim & domi ſuæ ſtatuerit; de illis, inquam quæ cognitionem etiam cauſæ & decretum deſiderabant.

Ad ſecundum reſpondetur ex iſta *l.4. ff.de interrogat. in iure fac.* id ſolum liquere, quod eo in loco faciendæ ſint interrogationes, vbi iuris dicundi, vel iudicandi gratia conſiſtat magiſtratus; atque ideo alio in loco, quam in quo more maiorum ius reddit prætor, fieri non debeat: quod ſi igitur iuris dicundi cauſa prætor domi ſuæ conſiſtat, ſuique copiam ius ibi redditurus, faciat, non prohibet Vlpianus in *d. l.4.§.1.* illic interrogationes fieri.

Tertium argumentum procedit à diuerſis & ſeparatis *arg.pr.l.de publ.iudic.* vbi in hæc verba ſcribit Iuſtin. *publica iudicia neq; per actiones ordinantur, neq; omnino quicquam ſimile habent cum cæteris iudicijs, de quibus locuti ſumus, magnaq; diuerſitas eorum eſt & in inſtituendo & in exercendo.*

Ad quartum reſpondeo, in ius vocare eſſe ad eum vocare, qui ius dicturus eſt *§. fin.de pœn.tem.litig.* atq; in eum locum, vbi is iuris dicundi cauſa conſiſtit *d.l.4.* quod ſi igitur domi ſuę ius ſit dicturus, ibidemque iuris dicundi cauſa conſiſtat, ſiquidẽ talis nõ ſit cauſa, quæ pro tribunali ſit expediẽda, in ius vocatus ad domũ prætoris eumue locum, in quo ius redditurus eſt prætor, venire debet. Nec obeſt quod in cubiculo & loco priuato, nõ ſit fas quenquam conuenire.

Reſpon. Hoc quippe largior vltro, nec

Robertus diffitetur, vnde & ſupra dictum eſt, omnia illa, quæ cauſæ cognitionem deſiderant, pro tribunali fieri debere, ſed hinc non ſequitur quod interrogationes cæteraque, quæ ſine cauſæ cognitione & decreto fieri poſſunt, pro tribunali tantum expediri debeant.

Quinti, reſponſio patet ex præmiſſa, ſępiuſq; hactenus repetita diſtinctione.

Sextum argumentum mera nititur diuinatione, & refellitur ex textu aperto *d. l.4.§.1.*

Septimum quoq; exigui eſt momenti: etſi enim ex eo, quod interrogationes dicũtur fieri in iudicio & in iure, colligatur, quod non vbiuis locorum interrogationes fieri potuerint, exinde tamen non ſequitur, quod alio in loco interrogare non licuerit q̃ pro tribunali; cum ius in genere ſit ille locus, vbi prętor, iuris dicundi cauſa, conſiſtit *d.l.4. & l. pen. ff. de iuſt. & iure.*

Ad poſtremum reſpondeo id ſolum eo probari, quod ius ſignificet tribunal; ſed quod tantum ſignificet tribunal, hoc minime iſto argumento effici: obſtat ſiquidem *d.l pen. & d. l.4. ff. de interrogat.* quæ paulo latius ius definiunt ſic, vt quemuis denotet locum, in quo prætor, ſalua maieſtate Imperij, ſaluoque more maiorum ius dicere conſtituit *d.l.pen.* & vbi is iuris dicundi vel iudicandi cauſa conſtiterit.

Nec Roberti ſententiam infringere puto argumentum Authoris quod nempe interrogationes alibi fieri non potuerint, quam vbi formulæ & actiones impetrabantur, quod non domi, ſed in iure, hoc eſt pro tribunali fieri conſueuerit.

Nam apud Robertum manifeſte petit principium; nec video, quæ ſit neceſſitas, vt eodem præciſe in loco interrogationes fieri debuerint, in quo formulæ fuerint impetratæ: tum quia Impetrationes formularum, cauſæ cognitionem & decretum deſiderarint & ideo non alibi fieri potuerint quam pro tribunali: interrogationes vero nullam omnino deſiderarint cognitionem cauſæ. Tum quia non eodem tempore formularum impetratio & interrogatio fiebat, ſed edito in iure libello ſpacium meditandi & deliberandi conceſſum fuerit reo, vtrum cedere, an vero contendere vellet. Quo temporis ſpacio elapſo denuo vocari ſolebat reus.

Cauſa igitur cognita ſi prætor actionem actori dandam putaret, ſolebat iudicem conſtituere qui iudicaret: ordinarie ſiquidem & regulariter magiſtratus ipſe non iudicabat, ſed iudicem litigantibus dabat, qui iudicaret & ſententiam ferret, vt arguit *l. 2. C. de pedan. iudic.* & demonſtrant omnes illi loci, quibus prætor ſe actionem, vel iudicium datum pollicetur: dare aut illum iudicem ſolebat, quem ipſi litigantes elegerint: huic formulam iudicandi præſcribebat, iuxta quã iudicaret & pronunciaret, *tot. tit. C. de formul. & impetrat. ſubl.* & infra in diſputat. 12. prolixius dicetur. *Lit. E.*

Cognitionem denique hanc & iudicis conſtitutionem proxime ſequebatur citatio ad iudicem facti diſceptandi cauſa, vnde apparet quidnam diſcriminis ſit inter citationem & in ius vocationem: nam in ius vocatio fieri poterat ab ipſo litigante, propria & priuata authoritate, vt ſupra oſtenſum fuit, ſic vt ſi vocatus non ſequeretur, vi in ius trahi potuerit. Citatio autem non fiebat authoritate priuata, vel ab ipſa parte, ſed authoritate publica à iudice. 2. In ius vocatio fiebat ad prætorem & magiſtratum *§. fin. Inſt. de pæn. tem. litigant.* Citatio autem non fiebat ad magiſtratum ſed ad iudicem datum. 3. In ius vocatio fiebat iuris experiundi cauſa: citatio vero facti diſceptandi gratia. *Lit. F.*

Sed hæc differentia in ius vocationis & citationis ſublata eſt, poſtquam diſcrimen magiſtratus & iudicis, ius dicentis & iu-

& iudicantis ſublatum fuit, atq; magiſtratus ipſe iudicis officio fungi cœpit: quod iure noſtro ciuili (quo magiſtratus ipſe ordinarie & regulariter iudicare iubetur *l.2. C.de iudic.pedan.*) cœptum quidem; conſuetudine vero ac moribus hodiernis cõſummatum & perfectum eſt, ſic vt nemo iudicare poſſit, niſi magiſtratus, nec huic vlla in cauſa fas ſit litigantibus iudicẽ conſtituere, qui iudicet.

Citationem porro nõ niſi magiſtratus iuſſu, voce præconis, aut literis emiſſis, fieri potuiſſe monet Autor noſter, quod adductis ab ipſo textibus ſatis euincitur, quib⁹ perſpicue probatur, ꝙ ius dicentis iuriſdictionem violent, qui citati obſequi negant: nec repugnant quicquã Duaren⁹ & Goveanus, in locis ab Autore allegatis, vt cuiuis, eos diligenter perlegẽti manifeſtum erit; ſed non eſt Autori noſtro nouum vt male alleget Doctores.

Lit. G. Diximus citationem fieri ad iudicẽ facti diſceptandi cauſa: ex quo infert Treutl. duo olim fuiſſe de vnaquaq; re iudicia, vnum in quo coram ius dicente de iure cognitum atq; diſceptatum fuerit: alterum vero in quo coram iudice Pedanea facti quæſtio ventilata fuerit atque diſcuſſa; ꝙ tamen, non niſi generaliter & abuſiue nomine iudicij accepto, admitti poteſt: cum ſupra oſtenſum fuerit, quod ius olim à iudicio fuerit diuerſiſſimum, nec id, quod coram prætore factum eſt, in iudicio factum dici potuerit.

Resolutio Thesis Secundæ.

Qu. 5. Quo tẽpore vetus citandi mos in deſuetudinẽ abierit.

CÆterum hanc procedẽdi rationem, olim in iudiciis vſitatam, hodie eſſe mutatã, vſus hodiern⁹ fori & praxis quotidiana ſatis luculenter oſtendunt: ſed quo tẽpore primum ab ea receſſum fuerit, nõ æque conſtat. Plerique enim opinãtur factum hoc eſſe Cõſtantini Imperatoris tẽpore, cum is formulas & earũ impetrationes è medio ſuſtulit, *l.1. & tot.tit.C.de formulis & impetrat.* nam cum formulæ iſtæ, quę iudicibus pedaneis, ſiue datis præſcribi à prætore ſolebant, ſublata à Conſtantino Imperatore fuerint, cõſequens fuit ipſos magiſtratus iudicare debuiſſe, nec ampli⁹ iudices dare potuiſſe, ac cõſequenter ſublatam eſſe iuris & iudicij differentiam, eaque ſublata citationem in locum in ius vocationis ſucceſſiſſe.

2. Facit eodem ꝙ Dioclet. & Maximin. Impp. ꝓhibuerint iudices dari à magiſtratibus, paucis caſib⁹ exceptis in *l.2.C. de pedan.iudicib.* atq; conſtituerint, vt in poſterũ ipſi magiſtratus iudicis officio fungerentur, cui, vt modo dictum, cõſequẽs omnino eſt vetuſtum illum in ius vocãdi modũ in vſu eſſe deſiiſſe: atq; ita ante Iuſtinianũ veterem iſtam procedendi rationẽ, de qua hactenus dictum eſt, ſublatam eſſe.

Veruntamẽ, quod adhuc Iuſtiniani Imperatoris tẽpore prędict⁹ proceſſus viguerit, placet poſt Vulteium Autori noſtro.

1. Quia ſi tẽpore Iuſtiniani noſtri ſolẽnitates iſtæ in ius vocationis amplius in vſu nõ fuiſſent, tum doctrina iſta, quę eſt de in ius vocatione, de veniæ impetratione, tanto ſtudio & diligentia in ius noſtrum à Iuſtiniano relata non fuiſſet, cum ipſe iuris compilitoribus ſeuere interdixerit, ne ius obſoletum, quodq; ex vſu iam receſſerit, in ius noſtrum referrent.

2. Confirmat idipſum luculẽter, quod Iuſtiniani tempore acturo neceſſum fuerit prius aduerſariũ in ius vocare §. *fin. Inſt. de pœn.tem. litig. tot.tit. Digeſt. & Cod. de in ius vocand.* ibidemque libellum aduerſario edere *l. 1. ff. de edend.* & coram prætore agere, qui de cauſa cognoſcens iudicem, ſeu iudicium daret, apud quẽ de facto diſceptaretur *l. 1. ff. depoſiti. & l. 1. ff. commodat.* quique ſententiam ferret, à prætore exequendam *l.15.pr. ff.de re iud.* quod negari nõ poteſt, cum iuris ſit apertiſſimi.

3. Quod deniq; in ius vocatio, cum ſolennibus, Iuſtiniani tẽpore vſitata fuerit,

ꝓbāt *tit. Dig. de in ius voc. tit. ſi quis in ius vocatus non ierit. Titulus in ius vocati vt eant, aut ſatis vel cautum dent: Tit. Ne quis eum qui in ius voc. vi eximat.*

Proinde miſſa priori ſententia, vero ſimilius eſt, certo iudicum numero à Iuſtiniano conſtituto per *Nouell. 82.* omnia illa paulatim in deſuetudinem abiiſſe, præſertim Pontificum Romanorum autoritate inualeſcente.

Nec obſtat primo quod formulæ & impetrationes illarum ſublatæ fuerint ante Iuſtinianum à Conſtantino Imp. ſiquidē Conſtantinus formulas iuris non promiſcue ſuſtulit omnes, ſed eas duntaxat, quæ ſyllabarum aucupatione inſidiarentur: adeoque ſolennitas ſolum & qualitas formularum ſublata eſt, non etiam ipſæ formulæ Vult. *ad pr. Inſt. de act.* Anton. Faber in *Col. Fabriano.*

Pari modo ſecundum nobis naufragaturo: tametſi enim Dioclet. & Maximin. conſtitutione iniunctum fuerit magiſtratui vt ipſe iudicaret, nec amplius iudicem daret, eādē tamē cōſtitutione fuerunt casꝰ quidam expreſſe excepti, quibus adhuc poſſint iudices conſtituere, ſi ſcilicet vel occupationibus publicis, vel multitudine cauſarum impediantur ipſi cognoſcere & iudicare *d. l. 2.* Et quod tempore Iuſtiniani adhuc potuerint magiſtratus dare iudices, euincunt vniuerſa prætorum edicta in ius noſtrum à Iuſtiniano relata, quibus ſe iudicem, vel iudicium daturum eſſe pollicētur, id ipſum euincit quoque *d. l. 15. pr. ff. de re iudicata.*

Lit. B. & C. Qu. 6. *Cui fiat actionis editio?*

Hodie itaque actionis editio, non amplius, vt olim, fit aduerſario, ſed iudici, & eſt querela, iudici pro tribunali ſedēti, expoſita cū narratione controuerſiæ, de qua aduerſus aduerſarium acturus ſit, eo fine vt ſibi aduerſus illum citatio & proceſſus neceſſarij decernantur Vult. in *Iuriſprud. Roman. lib. 2. c. 27.* quam duplici modo fieri hic Autor noſter monet, vel per libellum ſupplicem, vel per libellū, quo ipſa actio protenus introducitur: ille libellꝰ citationis & proceſſuum eſt: hic vero libellus actionis & meritorū dicitur. Supplex libellus, ſiue ſupplicatio ſummariā cōtinet recenſitionē controuerſiæ, iuncta petitione pro decernēdis proceſſibus: cuius narrata eiuſmodi eſſe debēt, vt ex illis actionis libellus formari queat. Libellus vero actionis, etſi & ipſe citationē quoq; quoad effectum proceſſuum extrahendorū antecedit, eiuſmodi eſt, vt citatione facta, quoad effectum meritorum nihilominus maneat; vnde citatione facta in termino cōparitionis actor libellū aliū offerre nō tenetur, ꝙ tamen neceſſariū eſt, ſi actor ſupplicem duntaxat libellum obtulerit.

Editione his modis iudici facta, iudicis eſt de ea cognoſcere, an citatio & proceſſus decernendi ſint nec ne? ita vt ſi apparuerit ex editione actionis actionē cōpetere, citatio ſit deneganda: ſin appareat ipſi actionem competere, citatio & proceſſus decerni debent.

Eſt autē citatio actus, quo quis, mādatu iudicis, iuris experiēdi cauſa in iudiciū vocatur. Et eſt duplex realis & verbalis Weſenbec. in *paratitl. de in ius voc. n. 13.* Andr. Gail. *1. obſ. 48. n. 12.* Vult. *2. Iuriſpr. Rom. 28.* Qu. 7. *Quæ ſint citationis ſpecies?*

Robertus Maranta in *Speculo Aduocat. part. 6. tit. de citatione*, ſex facit ſpecies citationis, ita vt *prima* ſit realis, quæ fiat per apprehenſionem perſonæ, *ſecunda* verbalis, qua iudex cōmittit nuncio, vt viua voce aliquem citet ſine literis *cap. cum dilecti in verb.* viua voce *de dolo & contumacia. Tertia* quæ fit per literas, vt quando iudex facit citationem in ſcriptis & illam committit nuncio, vt aliquem citet. *Quarta* quæ fit per edictum, vt cum citandus non reperitur perſonaliter, nec habet certam domum, quia eſt vagabundus, tunc debet deſcribi eius citatio ad modum edicti, & debet affigi in loco publico. *Quinta* citatio fit per proclama, quando præco publicus citat per plateam, alta & intelligibili voce. *Sexta* fit per campanam, ſeu per tubam.

Ve-

Verum diuiſio hæc Marantæ ab aliis recte ad bimembrem iſtam diuiſionem reuocatur ac reducitur, ſic vt illa, quæ fit per edictum, & per vocem præconis & quę fit per literas ad verbalem referantur. Nam ea quæ fit per tubam ſeu campanam magis extra iudicialis eſt, quam iudicialis & vniuerſalis potius eſt, quam ſingulorũ hominum.

Realis citatio fit per apprehenſionem perſonæ *cap. 16. §.* expectantibus de dolo & cõtumacia *cap. fin. qui mit. in poſſ. authent. qua in prouincia. Cod. vbi de crimin. agi oportet. l. 9. Cod. quomodo & quando iud. Nouel. 53. pr.*

Qu. 8. *Quinam habeat iᵘ citandi?* Atque hæc citatio nemini cõpetit niſi ei, qui iuriſdictionem habet & imperiũ; Hinc delegato principis eam competere, recte concludit Autor quoniam hic, vt ſupra in præcedenti diſput. oſtenſum eſt, habet iuriſdictionem & mixtum merumq; imperium *l. 5. ff. de iudic.* Cõtra vero iudicibus datis, ſiue Pedaneis, qui iuriſdictionẽ non habent, nec imperium, optimo iure poteſtas iſta realiter aduerſarium in ius vocandi, denegatur; nec quicquam mouet *Nouel. 53. cap.* 4. vbi pedaneis iudicibus videtur tribui iuriſdictio quædam: nam quæ ſit vera iſtius Nouellæ conſtitutionis ſententia ſupra ſub *diſput. præced thef. 2. lit. A.* expoſui; illud certum eſt, realem iſtam citationem, quæ fit per prehenſionem, & capturam perſonæ importat, in ciuilibus cauſis regulariter non admitti; ſed tum demum fieri poſſe, ſi reus ter citatus cõtumax extiterit *l. 8. Cod. quomodo & quando iudex.* vbi Diocler. & Maximin. ita reſcribunt: *Conſentaneum iuri fuit, temporibus ad præſentiam partis aduerſæ præſcriptis, præſidem prouinciæ, impleta iuris ſolennitate & aduerſario tuo ternis literis, vel vno pro omnibus peremptorio edicto, vt præſentiam ſui faceret, commonefacto, ſi in eadem contumacia præſentauerit, præſentis allegationes audire, quod vel ſucceſſor eius facere curabit. A quo ter citatus, ſi contumaciter præſentiam ſui facere neglexerit, non abs re erit ad cogendum eum vt ſeſe præſentet &c.* Secũdo, Quando fuit per ſententiam condemnatus reus, nam tunc pro executione ſententiæ capi poteſt *l. qui bonis. C. qui bon. ced. poſſ.* ſic tamen vt prius fiat excuſſio bonorum *l. 15. §. 2. ff. de re iudic.* Tertio, Si debitor eſſet ſuſpectus de fuga. His tribus caſibus exceptis, putat Robertus Maranta in ciuilibus cauſis reali citationi locum non eſſe.

In cauſis vero criminalibus regulariter ſolet reus per prehenſionem realiter citari; quin etiam ſi ſuſpectus ſit de fuga, poteſt à priuato capi & tantiſper retineri, donec ſe iudici ſiſtat, quia fugæ periculum non patitur moram & iudicis acceſſum eiuſque iuſſum, ne reus interim, magno cũ creditoris damno, elabatur *l. Ait prætor §. ſi debitorem ff. de his quæ in fraud. creditorum.* qui vero ſit de fuga ſuſpectus, dicetur infra in *diſputat. ſequent.*

Verbalis citatio non ſolum à magiſtratu, atq; eo, qui iuriſdictioni præeſt, & imperium habet, ſed ab illo etiã fieri poteſt, qui iuriſdictionem penitus nullam habet à iudice videlicet pedaneo: hic enim, etſi vi iuriſdictionis, qua, vt ſupra dictum eſt, deſtituitur, ius citandi non habeat; vi tamen & poteſtate delegationis ſibi factæ, citandi facultatem habet *arg. l. 2. ff. de iuriſdict.* Goedd. *ad leg. 99. de verb. ſignific.* De delegato, ſiue eo, cui iuriſdictio demandata eſt, minus dubium eſt: huic ſiquidem non ſolum vniuerſa, quæ iuriſdictionis & imperij mixti ſunt, competunt *l. 1. ff. de offic. eius cui mandat.* ſed & ea, ſine quibus iuriſdictio mandata explicari nequit, competere cenſentur *argum. leg. 2. ff. de iuriſdict.* Cum & arbiter citandi ius habeat *l. quid tamen 21. §. Papinianus. 5. ff. de arbitr.*

Hæc porro verbalis citatio rurſus duplex eſt; priuata & publica: priuata, qua quis ad domum priuatim citatur: publica, quæ fit publice, affixis citationis literis,

Google

literis, aut per præconem, aut per tubam.

RESOLVTIO THESIS *Tertiæ.*

Lit. A. Qu. 9. *Quare nomẽ Iudicis in citatione ſit exprimẽdum?*

CItatio autem, recte ac legitime concepta, debet continere nomẽ & cognomen iudicis citantis, idq; quadruplicẽ ob cauſam, vt tradit Andr. Gail. *primo*, vt cõſtare poſſit citato, vtrum à iudice competente ſit citatus, quoniam ſupra iuriſdictionem, vel extra territorium citanti impune non paretur *l. 2. ff. ſi quis in ius vocat.* ſi ſcilicet notorie ſit iudex incompetens vt mox dicetur.

Secundo vt citatus cognoſcat & ſciat, vtrũ iuſſu iudicis ſit decreta citatio, quia citatio ſine iuſſu & commiſſione iudicis fieri neq[illegible] *l. fin. C de exhib. reis.*

Tertio vt ſciat citat⁹, vtrum iudex ſit ordinarius vel delegatus, quoniam delegatus non poteſt citare, niſi vna cum citatione copiam factę delegationis tranſmittat, cui citationi inſeruerit tenorem ſuæ delegationis, ad hoc, vt citatum ad comparendum arctet *cap. cum in iure. de offic. delegat.*

Quarto quia error in nomine iudicis vitiat citationem *l. ſi in iudicis ff. de iudic. lege ſi quis in fundi ff. de legat. 1.*

Lit. B. Qu. 10. *An nomẽ citati in citationẽ exprimi debeat, & quare?*

Exprimi præterea in citatione debet nomẽ eius, qui citatur *c. 34. & 36. de reſcrip.* tum vt æquiuocatio euitetur & citandus cognoſcat, vtrum citatio ipſum cõcernat, vtq; fraudibus obuietur, ne actor amplius variare poſſit: tum quia contra nõ nominatum executio fieri & per conſequens in contumaciam recte procedi nequit. *l. cum quæritur. cum l. ſeqq. ff. de except. rei iud. l. fin. C. ſi per vim & alio modo.*

Quod ſi plures eiuſdem litis conſortes vocãdi ſint, anne ſingulorum nomina ſint exprimenda? Affirmant Mynſing. *2. obſ. 22.* Roſbach. *proceſſ. tit. 22. n. 19.* Idque vi ordinat. Cameral. *part. 1. tit. 22. §. Item Welcher Receſſ. Imperij de anno 1566. §. hieführen ſollen,* ſingulorum autem nomina exprimenda ſunt ob cauſæ cognitionem & legitimationem eorum.

Hoc tamen fallere ſi communitas, ciuitas vel collegium aliquod citari debeat, monent Gailius *d. obſ. 49. nu. 6.* Myſing. *5. obſ. 50.* tunc enim ſufficere Conſules, Senatores & plebem exprimi, hoc modo: *Citamus Conſules & Senatores Ciuitatis N.* Item *Abbatem & Priorem Monaſterij N. Decanum & Capitulum Eccleſiæ N. Schultetum & communitatem talis pagi.*

Cuius rationem iſtam aſſignat Gailius, quia huiuſmodi collectiua nomina certã iuris determinationem habeat & certum corpus repræſentant.

Lit. C. Qu. 11. *An in citatione nomen actoris citantis exprimi debeat, & quare?*

Inſuper in citatione exprimi oportet nomen actoris, ſiue eius, ad cuius inſtantiã & petitionem fit citatio. Et regulariter in qualibet citatio ne requiri, ait Schraderus, vt in ea exprimatur nomen illius, ad cuius petitionẽ citatio facta fuit. Hoc autem ideo, vt citatus de eo, qui ipſum citari curauit, certus ſit, ad hoc vt deliberare ſecum poſſit, anne cedere vel cõtendere debeat *c. fin. de reſcript.* Quin & ideo nomen citãtis exprimendum eſt, vt citatus intelligere queat ad citantis petitionem, & nõ ex officio iudicis eſſe factã: cum Iudex nõ debeat proprio motu, ne in criminalibus quidem, citationẽ decernere, ſed demũ à parte imploratus, aliâs nulli⁹ momẽti erit citatio *l. fin. ff. de bonis auth. iud. poſſid. Gail. d. obſ. 50.*

Lit. D. Qu. 12. *An in citatione cauſa ſit exprimẽda, & quare.*

Ad hęc exprimẽda in citatione eſt cauſa, ob quam quis citatur *c. præterea de dilat.* Gail *1. obſ. 51.* Mynſing. *5. obſ. 85.* Schrad *d. c. 7.* Roſbach. *d. tit. 22. n. 19.* Hoc ideo, vt citat⁹, cognita cauſa, inſtructus ad iudiciũ venire poſſit *c. final. 5. q. 2. clem. 2. vt lite pendẽte.* quã cauſę inſertionem ad ſubſtantiã citationis requiri cõſtat ex *d. cap. final.* niſi citat⁹ ſciat cauſã quare ſit citatus: tũc n. citationem, etiã nõ expreſſa cauſa, valere, notat Schra. *d. c. 7. n. 35.* hoc tamen, quod quis ſciuerit illam

illam cauſam, quare citatus fuerit, in dubio non præſumi; ideoque eum, qui hoc allegat, illud probare debere, notat poſt Matth. de Afflict. Schrad. *d. loco.*

Sufficit tamen, cauſam hanc in genere exprimere, nec neceſſarium eſt vt tenor libelli inſeratur citationi: quanquam hoc commodum habeat, quod nullæ amplius induciæ deliberatoriæ indulgeri debeant *d.cap.præterea*, cum, tenore libello inſerto, iam ante ſatis deliberare ſecum potuerit reus, vtrum cedere, an contendere deberet.

Qu.13. *An ad certam cauſam citatꝰ teneatur ad aliam reſpondere?*

Sed hic ſuboritur quæſtio haut perinde expedita; anne ad certam cauſam citatus cogi poſſet reſpondere ad aliam cauſam, ad quam citatus non eſt?

Et plerique opinantur, quod inuentus in iudicio cogatur de alia cauſa reſpondere, nec vlterius citari debeat.

1. Quia in toto iure obſeruatur, vt quę deſiderantur iure non propter ſe, ſed propter finem aliquem alium, non ſint neceſſaria, nec requirantur tunc, quando ſine his nihilominus finem propoſitum conſecuti ſumꝰ: atqui citatio hoc fine fieri ſolet, vt in iudicio adſit reus, & vel per ſe, vel per procuratorē ſecū agendi poteſtatē faciat, quem finem aſſecutus eſt actor, quādo in iudicio habet reum præſentem: nulla igitur vlteriori citatione indiget.

2. Mouētur *l.47.pr.ff.de Re iudicata l.29. §.vlt.ff. de minoribus* in *verb.* præſente vel euocato. *Authent. Si omnes. Cod. ſi minor ſe ab hereditate.* quibus in locis comparantur inuicem præſentes & euocati, ſic vt nihil referat, præſentes num fuerint, an ſint euocati.

3. Denique adducunt pro huius ſententiæ confirmatione *l.28.pr. & §. vlt. ff.de fideic.libert. l.6.pr.ad Trebell.*

4. Et denique hanc ſententiam cōmuniorem eſſe teſtatur diligētiſſimus obſeruator Andr. Gail. *l.1.obſ.51. nu. 7.* propterea quod citationis ſit præcipuus effectus cōparitio, qui autē præſens eſt, de eo, quod agitur certiorari poſſit, vnde nō ſit neceſſe vt de nouo citetur.

Vide Gail *d.obſ.51.* Marant. *d. tit. de citatione n.13.* Vult. *2.Iuriſprudent.Roman.28 nu. 19.* Mynſig. *6.obſ.6.*

Veruntamen contrariam ſententiam cū Iaſone, Weſenbec. Hugone, Donello, Autore noſtro veriorem eſſe iudico

1. Quia duæ ſunt cauſæ ob quas fit citatio, prima vt veniat reus & in iudicio cōpareat, altera, eaque præcipua, vt interim ad defenſionem ſe præparare poſſit. Licet igitur prior illa deficere videatur eo caſu, quo iam præſens & in iudicio eſt: altera tamen iſta non deficit. Et ſane propter poſteriorem hanc rationem ſupra diximus, cauſam citationis neceſſario eſſe citationi inſerendam, quæ cauſæ inſertio plane efficeretur inutilis.

2. Atque huc quoque facit textus in *l. 2 §.3.ff.de iudic.* vbi in hæc verba Vlpianus ſcribit: *Ei quoque qui ipſe prouocauit, non imponitur neceſſitas, intra tempora prouocationis exercendæ, Romæ vel alio in loco, vbi prouocatio exercetur, alijs pulſantibus reſpondere: nam Celſus huic etiam domus reuocationem dandam ait, quoniam ob aliam cauſam venerit. Hæc Celſi ſententia rationabilis eſt. Nā & Diuus Pius Plotio Celſiano reſcripſit; eum qui tutelæ reddendæ cauſa, Romam erat à ſe euocatus, alterius tutelæ, cuius cauſa non erat euocatus, non debere compelli iudicium ſuſcipere, &c.* Sic igitur etiam ob certam aliquam cauſam euocatus non cogitur reſpondere ad aliam cauſam, ad quam citatus non eſt.

Non obſtat contrariæ opinionis argumenta: non primum, quia non ſolum hic effectꝰ ac finis eſt citationis vt compareat ad iudicium, & pręſens ſit reus; ſed præcipuus finis & effectꝰ is eſt vt paratus ad iudicium veniat reus: hic igitur finis citationis & effectus non ſequitur, etſi iam præſens eſt in iudicio reus.

Pari modo non obſtant textus ſecundo loco adducti: nam in *l. 47.ff. de re iudic.*

nil quicquam habetur, quod ſententiæ noſtræ aduerſetur, quodue ad propoſitũ faciat. In *l.29.§ vlt.ff.de minorib.* ſignificatur quidem nihil intereſſe vtrum creditores minoris præſentes ſint, an vero ſint euocati; ſed agitur ibi de reſtitutione in integrum minoris, quæ præſentibus creditoribus fieri debet, in qua ratio, ob quã præſentem quoq; citandum eſſe diximus, deficit. Non ſequitur præterea, q̄ ſi aliquando, ſemel atque iterum comparantur præſens & citatus, quod iſta comparatio vbiuis procedat.

Sic quoq; adductã *l. 28. pr. & §. vlt. ff de fideicomm. libert.* vt & *l. 6 ff. ad SC. Trebell.* nihil ad præſens negocium conferunt, nec quicquam cõtinent, ex quo euinci poſſit, præſentem cogi de alia etiam cauſa, quàm ob quam præſens eſt, reſpondere, vel præſentem ad aliam cauſam citari non poſſe.

Id quod nec poſtremum argumentum euincit; tametſi enim communi Dd. calculo receptum eſſet, præſentem ob aliam cauſam teneri reſpõdere. Non tamen cõmunis hic error ius faceret, cum quæ ſententia melior & verior ſit, ex multitudine Dd. æſtimari non debeat, præcipiente ipſo Imperatore in *l.1.§.6.C.de vet.iur enucleand.* ſed de hoc ex legum atque iuris fundamẽtis iudicandum eſt.

Atque hanc ſententiam noſtram præiudicus quoque Cameralibus confirmatã eſſe, teſtis eſt Gail. in loco ſupra citato.

Equidem ſi reus, in iudicio præſens, volens reſpõdeat ad aliam cauſam, ad quã non fuit euocat⁹, apud me dubium plane nullum eſt, quin reſponſio ſit legitima: ſiquidẽ vocatio in ius, vt & actionis editio, cõparatæ ſunt rei, ſeu citati præcipue cauſa: huc enim pertinẽt ne reus cogatur cõtendere vbi nolit, ſed aduerſario cedere malit, neue imparatus contendere cogatur: huic igitur ſuo beneficio, pro ſe introducto, renunciare & in iudicio inuẽtus, aduerſario reſpõdere poteſt *arg. l. pen. C. de pact.* quãuis ad hoc iure non teneatur.

Et quanquam diſſentientium nonnulli præſenti, & aliam ob cauſam citato, ſi de alia cauſa lis intentetur, inducias concedendas eſſe tradant, ſic, vt de ea cauſa, de qua euocatus nõ erat, alio tempore in iudicio præſens reſpondeat: hiſce tamen induciis conceſſis, admonitio iſta iudicis, vt induciis cõceſſis præterlapſis, certo die iterum iudicio adſit & reſpondeat, re vera eſt noua citatio.

Præter hactenus recenſita, citationi legitimæ etiam locum iudicij, in quo cõparere debeat reus, inſeri debet: adeo vt citatio, ratione loci incerta, nullius ſit momẽti *l. Aut qui aliter §.1. ff. quod vi aut clam l. ſi vt proponis. 2. C. quomodo & quando iudex.* *Lit. K.*

Hoc vero ideo, vt ſciatur, anne iudex excedat fines ac limites ſuæ iuriſdictionis, & an extra territorium citetur, quo caſu citatio nulla eſſet, neque citatum ad comparendum obligaret *text in cap. ſtatutum §. In nullo de reſcript. in ſext.* Deinde vt ſciat citatus vtrumne locus iudicij tutus ſit, & anne ad eum tutus pateat acceſſus: quia citatus ad locum nõ tutum cõparere non cogitur *Clem. Paſtoralis §. Notorium. de ſent. & re iudicat.* And. Gail. *1. obſ. 52* vbi hoc, quod modo dictũ eſt, de loco iudicij in citatione exprimẽdo, locum non habere monet in iudicibus ordinariis qui certum & deputatũ tribunal habent, vt sũt ciuitates, Cõſules & Senatores: quia citatus ſimpliciter, nullo loco iudicij expreſſo, intelligitur ad locum ſolitæ reſidentiæ citatus, quia huiuſmodi loca regulariter certa eſſe conſueuerunt *l. ſi locus ff. de iudic.*

Quod ſi is qui citat, habet quidem ordinariam iuriſdictionẽ, ſed eſt Præſes ſeu Rector totius alicuius prouinciæ, qui non locum aliquem certũ, ſed totã prouinciã pro tribunali habet, poteſt is quẽlibet locum pro tribunali deputare. Loco tamen non deputato, tum ſi ſemel locum deputarit certũ, iſq; omnibus innotuerit, citationes ſimpliciter & abſq; loci aſſignatione factæ, cẽſentur factæ eſſe ad locũ ſemel deſtinatũ.

Si

Si nullus locus ab eo deputatus eſt, cõparere tamen debet in eo loco, in quo iſte iudex commoratur.

Poſtremo in citatione exprimi debet dies & terminus, quo citatus comparere debeat, ſed dies & terminus iuſtus. Vnde citatio, ad diem feriatum facta, nullius eſt momenti, quia talis dies non eſt iuridicus, nec agendum idoneus *l. fin. Cod. de ferijs in verb.* ***Nulla quenquam vrgeat admonitio, taceat apparitio, &c.*** Eodemque facit *l. 1. eod. tit.* in qua dicitur, quo tempore meſſium ac vindemiarum, nemo ſit cogendus ad iudicium venire; ſed ſi prætor aut per ignorantiam, vel ſocordiam litigantes vocare perſeuerauerit, illiſque abſentibus & non comparentibus ſententiam dixerit, ſententiam nullius eſſe momenti.

Et quanquam Canoniſtæ & iuris interpretes ab Autore hic relati exiſtiment citationem ad diem feriatam factam valere, ideo quia procedatur die demũ ſequẽti nõ feriata *c. cum dilecti de dolo & contumac.* Contraria tamẽ opinio verior & receptior eſt, quod videlicet vocatio, ad diem feriatã facta, nullius ſit momenti.

Ad omnem igitur tollendam & præcauendam diſputationem & cauillationem, ait Gailius, cautos & eruditos iudices ſolere in citatione adiicere clauſulam ***Compareas tali die, quod ſi illa non fuerit iuridica, compareas die ſequenti iuridica***; quia in citationibus iſta clauſula ad maiorem cautelã apponitur, cum ſciri non poſſit, an dies comparitionis ſit caſurus in diem feriatã, vel profeſtum. Et ita quoque in Camera citationes formari ſolere.

Limitat hactenus dicta Robert. Marãta ſic, vt citatio ad diem feriatum vtiliter non fiat, niſi citatio pro tali cauſa fieret, quæ die etiam feriata expediri poteſt: tunc enim cogatur citatus comparere. Deinde niſi princeps citet, vt qui etiam ad diem feſtum ad honorem Dei dicatum, citare poſſit, ſecundum Bartolum in *l. ex quacũque. ff. ſi quis in ius vocat.* Lanfrancum in *cap. quoniam. de probat.*

Priorem equidem limitationem lubẽs agnoſco, ſiquidẽ ratio ceſſat eo caſu, quæ facit vt citatio, alias ad diem feriatũ facta, nullius ſit momenti.

Ad poſteriorem admittere nõ poſſum, quoniam die feſto, honori Dei dicato, idcirco omnis quieſcere debet admonitio, omnis apparitio, omniſque iudicij ſtrepitus, ne homines Chriſtiani à piis precibus auocentur & cultum facere diuinum impediantur: Princeps autem ſubditos ſuos a precibus cultuq; diuino non debet auocare, ſed potius omni ſtudio ad precib⁹ diligẽter inuigilandũ, ad cultũ diuinũ faciẽdum admonere, hortari & compellere.

Accedit quod lex ſit moralis, æterna & diuina diem dominicam eſſe ſanctificandam: cui præcepto princeps quoque non minus quam priuatus quiuis ſubiicitur.

Quod ſi feriatus dies non ſit dicatus honori diuino, non exiſtimo Principem, niſi vrgentiſſima & grauiſſima cauſa, vt ſi fortaſſis maximum ſit in mora periculũ, citare aliquem poſſe, quoniam feriæ iſtæ idcirco conceſſæ ſunt, ne fructus colligere impediantur homines: hoc autem cum ad vitæ humanæ ſuſtentationem atque ad ſummam Reipubl. vtilitatem pertineat, non facile ab eo auocandi aut impediendi ſunt homines. Sed vtrum citatio die feſto diuinæ maieſtati dicato, ad diem non feſtum fieri queat, dicetur in *ſequent. theſ. Lit. C.*

Qu. 15. *An hora ſit exprimenda in citatiõe?*

Sed anne hora qua comparere debeat citatus in iudicio, neceſſario ſit inſerenda citationi, quæritur? Et communiter placuiſſe, ſcribit Gailius, horam neceſſario exprimendam in citatione non eſſe, quia citatio, hora omiſſa, cenſeatur ad conſuetam horam eſſe facta. Et hæc ſententia vſu ſeruatur.

Qu. 16. *An dies aſſignationis termini ſit in termino copulandus?*

Illud controuerſum & anne dies aſſignationis termini ſit computandus in termino: vt cum iudex hodie alicui aſſi-

aſſignat decem dies ad comparendum, quæritur anne dies hodiernus computari debeat in hoc ipſo termino?

Et quod dies hodiernus aſſignationis ſit in termino computandus dicendum videtur, tum quia tempus computari debeat de momento in momentum *l.3.§.minorem.ff.de minorib.l.2.§.biduum.ff. quãdo appelland ſit.* quod cum procedat in dilatione legis, multo magis procedit in dilatione hominis, cum mitius agatur cum lege quam cum homine. *l. Celſus. pr.ff.de arbitr.* tum etiam quia dilationes ſint ſtrictiſſime interpretandæ *d. l. 1. C. de dilat. l. 2. pr. C. de temp. appellat.*

Sed contrariam tamen opinionẽ quod dies aſſignationis in termino nõ ſit computandus, probat Autor noſter eamque veriorem & in Camera Imperiali receptã teſtatur Mynſing. *5.obſ.5.*

Pro qua ſententia textus expreſſus eſſe videtur in *l.1.ff.ſi quis cautionib.* vbi ita Ictus Gaius ſcribit: Vicena milia paſſuũ in ſingulos dies dinumerari prætor iubet, præter eum diem, quo cautum promittitur, & in quem ſiſtere in iudicium oportet. Ecce hic expreſſe cauetur diem aſſignationis illius termini, quo quis debet in iure cõparere non computari in termino.

2. Idemque euincit quoque *cap.1.de reſtitut.ſpoliat.in ſext.in verb.* intra quindecim dierum ſpacium, poſt diem in quo proponitur. Et *cap 1. de excep. in ſext. in verb.* intra octo dierum ſpacium, die in quo proponitur minime probato.

Quibus locis perſpicue demonſtratur diem aſſignationis non computari termino.

3. Idemque comprobari etiam videtur *Nouell. 23 c.1.* ſtatuitur appellationes intra decem dierum ſpacium numerandum à recitatione ſententię, interponi: ſi igitur decendium iſtud à die ſententię recitandę numerari & ſupputari incipit, palam eſt ꝙ dies aſſignationis termini in termino non debeat computari.

Nec reſiſtunt quæ in contrarium ſunt adducta: Recte enim reſpondet Mynſing. quod dicitur tempus computari de momento ad momẽtum, id verum eſſe poſtquam tempus cœperit currere: at nõ currit, niſi præterita die aſſignationis, vt ex modo adductis textibus liquet.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

EX hactenus dictis liquet quomodo legitime citatio concipi debeat. Cæterum etſi ita, ſecundum modum nunc pręſcriptum concepta fuerit citatio, tamẽ nõ poteſt expediri ſine iuſſu & commiſſionẽ iudicis competentis atque ordinarij, qualiſcunque tandem iſta fuerit citatio, ſiue realis, ſiue verbalis. *Lit. A. Qu. 17. An citatio poſſit expediri ſine commiſſione iudicis cõpetentis?*

Pro qua ſententia eſt textus elegans in *l.fin.C.de exhib.reis.* in qua Valent. Theod. & Arcad. Imperatores ita reſcribunt: *Neminẽ in iudicio exhibendũ eſſe præcipimus, niſi de cuius exhibitione iudex pronunciauerit.* quam ſententiam iure Saxonico eſſe probatam & receptam, probat perſpicue textus *libr. 3. art.65. Landtrecht.*

Hæc porro commiſſio, cum ſit facti, nõ præſumitur facta, ſed probari debet. Hoc diſerte comprobat *l.1. C. de mãdat.principũ: ſi quis aſſeuerat cum mandatis noſtris ſecretis ſe veniſſe, omnes ſciant nemini quicquã, niſi quod ſcriptis probauerit, eſſe credendum: nec vllius dignitate terreri, ſiue ille tribuni ſiue notarij, ſiue comitis proferat dignitatem, ſed ſacras noſtras literas eſſe quærendas.* Idemque & ſequens *l. 2.* haut obſcure confirmat.

Cui ſuffragatur textus in *cap.31. de offic. de legat.* vbi iſta habentur verba: *Præterea quæſiuiſti, cum tibi ab aliquo ſuper hac forma mandatur: auctoritate, qua fungor, iniungo vt talem denuncies excommunicationis ſententiæ ſubiacere, ac tibi ſuper mandato Apoſtolico heſitanti ab aliquo non ſit facta fides, an mandatum huiuſmodi exequi tenearis? Super quo tibi huiuſmodi damus*

mus reſponſum, quod niſi de mandato ſedis Apoſtolicæ certus extiteris, exequi non cogeris, quod mandatur.

Quocirca nuncius vt ei fides habeatur tenorem ſuæ commiſſionis inſerere debet *c.2.de dilat.* Roſbach. *in proceſſ.tit. 22. nu. 24.* nec ad rem facit quicquam quod fides nuncij perſonæ ſit electa ipſiq; iuramento ſeſe obſtrinxerit ad ſibi commiſſa fideliter expedienda.

Nam ex hoc præſumptio ſolum oritur, citationem rite ac legitime feciſſe nuncium, non autem ipſum habuiſſe mandatum iudicis: cum nuncio credatur tantum de actu ſuo, non de alieno, ad ſuum officium non pertinente; ſolennitas commiſſionis eſt extrinſeca & ad officium iudicis citantis pertinet, igitur non præſumitur, ſed probari debet *l. ſciendum de V. obligat.* Gail. *1. obſeru.54.*

Lit. F. Committenda vero eſt citatio nuncio vt executionem eius faciat; de hoc vero nuncio non admodum curatur, cum etiam quilibet eſſe poſſit, modo de iudicis commiſſione conſtet Iaſon. in *rubric. num.4.C. vt nemini liceat ſine iudicis authoritate.* ita vt iudex etiam priuato homini cuiuis, adhoc apto, licet apparitor non ſit, citandi & in ius vocandi poteſtatem concedere poſſit, proprio etiam apparitore adhibito. Roſbach. *d.tit.22. nu. 27.* in Camera Imperiali, ait Gailius, Citationum executiones aliorumque proceſſuum, puta mandatorum, ex ordinationis præſcripto bifariam fieri poſſe: aut per nuncios iuratos Cameræ, vel per Notarios immatriculatos, ſeu in matriculam Cameræ receptos; nam notarij non immatriculati proceſſus Cameræ exequi non poſſunt: nuncij autem relationem ad finem originalis citationis conſcribere: Notarij vero inſtrumentum ſuper facta executione citationis conficere, & tenorem commiſſionis, hoc eſt, ipſius citationis plene inſerere debent; vt ſic vtroque caſu de commiſſione iudicis, quando in termino comparitionis proceſſus iudicialiter reproducuntur, ſufficienter conſtare poſſit. Relatio vero nuncij, ſiue eius executio ad acta poni debet, vt ſit pars actorum & de legitime facta executione conſtet: cum actus relationis ſit pars ſubſtantialis & proinde in actis apparere debeat, alias nec citatio, nec ſententia neque totus proceſſus, in contumaciam factus, valeret.

Etſi porro citationem eſſe parti citatæ traditam, facti ſit, præſumitur tamen nihilominus, quia perſonæ fides electa eſt, eaq; iuramento obſtricta tenetur ad hoc, vt omnia fidei ſuæ commiſſa fideliter ac diligenter expediat. Si proinde ſe citationem executos eſſe dicant, fides ipſis accommodari debet.

Nuncius vero ſiue Notarius citationem facere debet illi ipſi, non etiam alij; *Lit. C.* cum citatio ad hunc finem fiat, vt citatus præſens ſit & compareat in iudicio, & vt ad iudicium paratus accedat, ſciatque an contendere, an vero cedere debeat?

Hinc quæritur ſi citatio mariti per nũcium facta fuerit vxori, an recte eam executus cenſeatur nuncius, & vtrum marito ad terminum non comparente, in contumaciam procedi poſſit? Queſ.18 *An citatio mariti facta vxori, recte cẽſeatur eſſe facta?*

Affirmatiua nonnullis placet: propterea quod abſente fœmina ſatis ſit viro eius aliquid denunciari, vt cauetur in *l. aut qui aliter §. ſed & Seruius. ff. quod vi aut clam.* Ex quo dicendum videtur, quod vice verſa, denunciatum videatur marito, quod vxori denunciatum eſt: cum diſpoſitum in viro, debeat quoque in vxore diſpoſitum cenſeri. *l. vlti. C. de indict. vid. toll.*

Verum, hac ratione ſepoſita, Autor noſter reſpondet, Mynſingerum ſecutus quod non ſufficiat vxori citationem mariti eſſe factam: tum quia, admiſſa con-

contraria iſta ſententia, ſequeretur hoc inconueniens, quod ſi forte vxor odio proſequeretur maritum, vel è contra maritus vxorem, vnus alteri non notificaret, ac ſcientia vnius alteri noceret contr. *l.4. ff. quis ord. in bon. poſſ. ſeru.* tum etiam quia conſtet mulieres in negocijs & cauſis forenſibus tractandis & curandis minus eſſe ſolertes & diligentes: hanc autem negligentiam vxoris nocere marito, iniquum foret. Tum quia citatio, vt dictum eſt, ad eum finem fieri ſolet, vt conſtet citato litem ſibi ab alio moueri, quo is ad iudicium venire inſtructus queat, vel ſi nolit contendere, cedat aduerſario: hunc autem finem citatio non aſſequitur, ſi non fiat illi ipſi, qui venire in iudiciũ debet, nec in ipſius notitiam perueniat.

Nec obſtat argumentum ex *d. l. aut qui aliter. §. ſed & Seruius. ff. quod vi aut clam.* deductum· Argumentum enim à marito ad vxorem & vice verſa non eſſe perpetuum vbi ſc. diuerſa eſt ratio vxoris & mariti, oſtendit Iuſtinianus in *§. patitur. Inſt. de iniur.* vbi ait maritum nomine vxoris agere poſſe iniuriarum: at non contra vxorem nomine mariti; quia diuerſa vtriuſque ſit ratio, quoniam æquum ſit vxorem defendi à marito; non autem maritum ab vxore; & ſane cum, vt modo eſt dictum, vxores à maritis defendantur, ſufficit marito vxoris ſuæ citationem eſſe exhibitam: at non viciſſim. Quanquam nullibi in iure fundatum hoc ſit, quod citationem vxoris ſufficiat marito eſſe factam: non ſane per *dict. §. ſed & Seruius.* Nam ad hoc, vt quis non dicatur aliquid clam feciſſe, ſufficit, ſi marito fœminæ denunciarit: quin etiam nulla requiritur denunciatio, ſed ſufficit eum qui aliquid fecit, celandi animum non habuiſſe, vt Vlpianus ait in *dict. l. 5. §. 3.* Quod ſi culpa & imperitia nuncij executio citationis non recte facta fuerit, eam ſuis ſumptibus ex integro facere debere Gailius ſcribit; idque præiudicio Cameræ dicit confirmatum eſſe, cum Imperitia culpæ annumeretur *§. præterea. Inſtitut. ad L. Aquil.* nec admittatur excuſatio cum formulam exequendi in ordinatione præſcriptam habeat. Ordinat. *Cam. titul. 39.* §. **Wir wollen auch.**

Si porro citandus conueniri nequeat, tunc citatio facienda eſt ad domum eius, in qua habitat tempore citationis, quamuis ante alibi habitarit, Marant. *d. tit. de citat. num. 124.*

Ideo vero ad domum eius facienda eſt citatio, quia citatio talis perinde habetur ac ſi in faciem ipſi facta eſſet: nam quod familiares & coniuncti ſciunt, id etiam alij coniuncti ſcire intelliguntur, quam præſumptionem iuris eſſe poſt Bartolum ſcribit Sichardus in *d. l. 7. n. 3. C. de reſtit. in integr.*

Quod ſi in ea domo nullam reliquit familiam, tum affligi debet ſchedula citatoria in oſtio domus. Marant. *d. tit. n. 25.* aut eo in loco vbi veriſimiliter ad notationẽ citati peruenire poſſit. *l. dies cautioni §. toties. ff. de damno infect. cap. 3. de dolo & contumacia l. 1. §. 1. & 2. ff. de agnoſc. & alend. liber.*

Et huius citationis effectus hic eſt, vt ad domum citatus, ſi non comparuerit pro contumace habeatur: quod in tantum verum eſſe, ait Myntingerus, vt etiam tunc procedat, quando ad domum citatus alibi ſua culpa detineretur captiuus. *2. obſeru. 69.*

Si citandus ſit vagabundus nec certum habeat domicilium, ita vt actor ignoret, quo in loco ſit perſonaliter citandus, affigi debet citatorium edictum in illa ciuitate, vel eo loco, vbi ſolitus eſt vagabundus verſari *l. eius qui. §. ſi quis. ff. ad municipal. dict. l. dies cautioni.* Gail. *1. obſeruat. 57. numero 4. & 5.*

Si

Si ex probabili cauſa abſit, tum procurator eius citandus erit arg. c. dilectus de procurator. Et talem citationem legitimam cenſeri in Camera Imperiali, tradit Mynſing. 1. *obſ.* 9.

Quin imo ſi lis cum procuratore fuerit conteſtata, dominus citari nequit ad reliqua peragenda, ſine procuratore: nam is citandus eſt ad litem & iudicium, qui litis eſt dominus: Procurator autem poſt litem, cum ipſo conteſtatam, dominus eſt litis *l. 22. C. de procurator.* in qua ita ſcribit Conſtantinus: ***Procuratoribus inſtitutis & poſt conteſtatam litem dominis effectis, hi qui mandauerant, non habeant facultatem negotia perſequendi, niſi capitales inimicitiæ vel morbus, vel alia neceſſaria cauſa interceſſerit: tum enim etiam inuitis his, transferri lis poteſt***, idem conſtat quoque ex *cap. 2. de procuratorib. in ſext.*

Queſ. 19 *An citationis executio fieri poſſit die feſto?*

Tandem executionem citationis die feſto, diuinæ maieſtati dedicato, quamuis ad diem non feſtum fiat, non poſſe fieri, de iure verius videtur Autori noſtro: ſed Andr. Gailius contrarium communius placuiſſe ſcribit: executionem videlicet citationis die feriata fieri poſſe, quia facti eſt, nec fit per iudicem, ſed per nuncium, aut per Notarium vel per literas, nullamque cauſæ cognitionem requirat. *capit. cum parati, de appellat. cap. prudentiam & cap. cum contingat. de off. delegat.*

Sed verior mihi eſſe videtur ſententia Autoris noſtri: nam diem dominicam ita honorabilem ſemper venerandum, vt à cunctis executionibus excuſetur, nulla quenquam vrgeat admonitio, taceat apparitio ait Imperator in *l. fin. C. de ferijs.* Atqui negari non poteſt, quia in ius vocationis executio vera ſit executio, ſit admonitio, ſit apparitio. Igitur ceſſare & tacere debet die dominica & in *capitu. vltim. de ferijs.* iubentur die dominica omnes quieſcere proceſſus; atqui negari non poteſt, quin executio citationis ad proceſſum pertineat.

Quocirca die dominica citatio fieri non poteſt ad diem non feſtum.

Ex hoc patet infirmitas argumenti, ex Gailio adducti: etſi enim citatio facti ſit, & non fiat à iudice, nec cognitionem cauſæ deſideret, prohibita nihilominus eius executio cenſetur, propterea quod cunctæ exactiones, executiones & admonitiones die feriata fieri prohibentur, à quocunque tandem fiant, & ſiue iuris ſint, ſiue facti & ſiue cognitionem cauſæ deſiderent, ſiue non deſiderent.

Executione citationis facta, relatio nuncij requiritur, vt videlicet referat, quod demandatam ſibi citationem hoc vel illo tempore inſinuauerit & quid citatus reſponderit, vel alias circa executionem actum fuerit. Hinc Dd. tradunt, citationem habere tres partes, commiſſionem iudicis de citando, executionem nuncij, & relationem citationis factæ. Schrad. in *tract. de feud. part. 9. c. 7. num. 43.* Hanc relationem eſſe neceſſariam, ad acta referendam, plenamque fidem mereri cum propter fidem perſonæ nuncij ſemel approbatam: tum propter eiuſdem iuramentum, ſupra dictum fuit. Lit. D & B

RESOLVTIO THESIS quintæ.

OMnis porro iudex, ſiue ordinarius fuerit, ſiue delegatus, committere citationem debet. Et quidem de ordinario iudice res certa eſt. De delegato, hoc eſt, eo cui iuriſdictio eſt demandata, idem dicendum videtur: nam cum ea habeat, quæ iuriſdictionis ſunt, ſequitur quod ius citandi quoque habeat vi ſibi commiſſæ & de- Lit. A

& delegatæ Iuriſdictionis. De iudice Pedaneo ſiue dato, qui iuriſdictionem non habet, ſed nudam duntaxat notionem, idem plane ſupra aſſeruimus; etſi enim non habeat Iuriſdictionem, tamen hoc ipſo quod ei ius ferendæ ſententiæ datum eſt, ea quoque conceſſa videatur, ſine quibus hoc negotium expediri & explicari non poteſt: quandoquidem tacite ea videntur ipſi conceſſa eſſe, quæ ad iudicij explicationem pertinent, quale illud eſt, iubere coram ſe adeſſe partes, iubere teſtium nomina edi, dare dilationes, iubere cauere ſtipulatione iudiciali quæ ad merum iudicis officium, pertinere dicitur *tit. Inſt. de diuiſionib. ſtipulat.* aliaque innumerabilia, quæ ex ſeſe iudex facit, extra id, quod datus eſt, ſine quibus tamen id, ad quod datum eſt expedire nullo modo poſſet.

Quod ſi tamen iudex delegatus citet, neceſſum habet tenorem ſuæ iuriſdictionis inſerere citationi, vel copiam delegationis ſuæ vna tranſmittere, quo citato de Iuriſdictione huius conſtet: cum enim delegatio, ſeu mandatum ſit facti, probari debet, nec commiſſionem ſeu mandatum alleganti fides habenda, niſi commiſſionis iſtius ſuæ literas produxerit *l. 1. C. de mandat. princip. C. cum iure. de offic. delegati.*

Ipſum tamen Authenticum ſeu originale exhibere non tenetur: niſi reus, in iudicio comparens, exegerit originale: tunc enim iſtud proferre & exhibere tenetur, vt plenam fidem habeat de Iuriſdictione delegati, priuſquam reſpondeat: atque hoc modo intelligi debet *authent. qui ſemel in verb.* aduerſario cognitis *Cod. quomodo & quando. cap. praeterea princ. de reſcript. cap. prudentiam de offic. delegat.* atq; ſic copia ſufficiet quoad comparendum, non vero quoad reſpondendum; hoc eſt ad hoc ſufficiet, vt citatus comparere teneatur, non etiam vt, poſtquam comparuit, coram delegato reſpondere cogatur, originali non viſo. Cum & alias citatus teneatur comparere, etſi ipſi de competentia iudicis exacte non conſtet, vt mox dicetur.

Inſuper & Arbitro hoc eſt, illi qui facultatem procedendi ex arbitrio habet competere ius citandi partes ſtatuit Author noſter, cui adſtipulatur & Weſenbecius in *paratitl. de in ius vocand. num. 13.* quorum opinionem laudat & comprobat quoque Menochius 1. *quaeſt.* 17. plures ibi pro hac opinione Authoritates allegans. Quę. 20 *An Arbiter cōpromiſſarius habeat ꝑ citandi?*

Equidem non defuerunt Excellentiſſimi ICti qui in contrariam opinionem conceſſerunt, aſſerentes quod propter compromiſſum factum in arbitratorem, vt ſecundum ſuam conſcientiam, arbitrator ille, partibus etiam non præſentibus, iudicare adeoque partes citare non teneatur. Quorum ſententia & mihi longe veriſſima videtur ob reſponſum Proculi in *l. 76. ff. pro ſocio.* cuius iſta ſunt verba: *Arbitrorum genera duo ſunt, vnum eiuſmodi, vt ſiue æquum, ſiue iniquum ſit, parere debeamus, quod obſeruatur cum ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt: alterum eiuſmodi vt ad boni viri arbitrium redigi debeat &c.*

Vnde intelligitur quod arbitrio & ſententiæ arbitri ſit ſtandum, ſiue æquum, ſiue iniquum fuerit arbitratus; proinde, etſi, non citatis partibus litigantibus, arbitratus fuerit arbiter, ſententiæ eius ſtandum erit, licet iniqua fuerit.

Non aduerſatur ſentẽtiæ noſtræ, quod citatio iuris diuini & naturalis ſit, quæ adhiberi ſoleat, ne alioqui per facti ignorantiam perperam iudicetur.

Reſp. Etenim citationem ab arbitro fieri poſſe, & fieri etiam debere non nego: veruntamen quod ſi citatione omiſſa, ſententia fuerit lata ab arbitro ea nullius ſit momenti, hoc negandum puto, motus textu dilucido *d. l. 76. ff. pro ſocio.*

Et quanquam Coraſius, quem hic Autor

tor noſter ſequitur, vnum dũtaxat genus arbitratorum conſtituat per textus adductos: quia tamẽ contraria ſententia verior ſit, non dubitandum exiſtimo, propter apertiſſimum textum *d.l.76.ff.pro ſocio*, vnde cæteræ leges, ab Autore adductæ, interpretationem capiunt.

Lit. B. Committit porro iudex non niſi ad petitionem & inſtantiam partis, ita vt ſi motu proprio iudex citationem decreuerit, eandemque exequendam nuncio commiſerit, nullius ſit momenti. Cuius ratio hæc eſt quod iudex ad vtilitatem priuatam non debeat alicui officium ſuum impartiri, niſi prius imploratum ſit *cap. bonæ memoriæ. de poſtulat. l.4.§. hoc autem iudicium.ff. de damn. infect.* Schrad. *in tractat. feud. part.9.cap.7.num.34.* Gail. *1.obſeru.50.* quod ſi tamen cauſa publicam concernat vtilitatem, poteſt iudex citationem, à litigaturo etiam non petitam, ex officio decernere.

Si is qui citationem impetrauit & ad cuius petitionem & inſtantiam facta ea fuit, ipſe non comparuerit in iudicio ad terminum conſtitutum, terminus pro circumducto habetur, & inſtantia perit, vt noua citatione opus ſit.

Hoc eleganter expreſſit Vlpianus in *l.73.§.1.& 2.ff.de iudic.* dum ita ſcribit: *Quod ſi is, qui edictum peremptorium impetrauit, abſit die cognitionis: is vero aduerſus quem impetratum eſt, adſit, tum circumductum erit edictum peremptorium, neque cauſa cognoſcetur, nec ſecundum præſentem pronunciabitur. Circumducto edicto, videamus an amplius reus conueniri poßit, an ſalua quidem lis eſt verum inſtantia tantum edicti perijt, & magis eſt vt inſtantia tantum perierit, ex integro autem litigari poßit.* Vnde apparet quod illa citatio, in cuius termino actor non comparuit, perinde habeatur, ac ſi facta non fuiſſet; ac proinde aliam & nouam fieri nihil impedit. Sed vtrum induciæ deliberatoriæ concedendæ ſint actori, ſi citatus fuerit, quæritur, & non eſſe concedendas verius eſt, quia diu deliberare potuit de actione inſtituenda, antequam reum in ius vocari ſiue citari petierit.

Supra dictum fuit in citatione exprimendum eſſe nomen iudicis citantis, quo conſtet, vtrum is competens ſit, nec ne, & vtrũ ad eius tribunal venire debeat citatus, an vero minus? Cui conuenit, id quod hoc loco aſſerit Autor noſter, extra territorium citanti impune non pareri: ſumptum hoc eſt ex *l.fin.ff.de Iuriſdict.* vbi Paulus ſcribit: *extra territorium ius dicenti impune non pareri; idem eſſe ſi & ſupra iuriſdictionem ſuam velit ius dicere.* Lit. C. Queſt. 21 *An & quatenus citatio ad incompetẽtem iudicem facta ſit efficax*

Eodemq; pertinet etiam Hermogeniani ſententia in *l.53.in fine.ff. de re iudicata.* quod contumax nõ videatur, niſi qui cum obedire deberent, non obſequuntur, hoc eſt, qui ad iuriſdictionem eius, cui negant obſequi, pertinent.

Quod ſi igitur quis ad incompetentem iudicem fuerit citatus, anne comparere debeat, quæritur? Affirmare videtur hoc Paulus in *l.2. ff.ſi quis in ius vocat.* vbi ſcribit, *ex quacunque cauſa ad prætorem vel alios, qui Iuriſdictioni præſunt, in ius vocatus venire debet, vt hoc ipſum ſciatur, an iuriſdictio eius ſit.*

Idemque aſſerit Vlpianus in *l.5.ff.de iudic.* *ſi quis ex aliena* inquiens *iuriſdictione ad prætorem vocetur, debet venire, vt & Pomponius & Vindius ſcripſerunt: prætoris eſt enim æſtimare, an ſua ſit iuriſdictio. Vocati autem nõn contemnere authoritatem prætoris: nam & legati cæterique qui reuocandi domum ius habent, in ea ſunt cauſa, vt in ius vocati veniant, priuilegia ſua allegaturi.*

Sed contra quod non debeat ad incompetentem iudicem venire citatus diſerte probare videtur *d.l.fin.ff.de Iuriſdict.* vbi dicitur extra territorium ſuum vel ſu-

Digitized by Google

pra Iuriſdictionem ius dicenti impune non pareri.

2. Accedit ad eiuſdem confirmationem textus in *d.l.53.ff.de re iudicata.* vbi dicitur, eos demum contumaces eſſe, qui ad iuriſdictionem eius, cui negant obſequi, pertinent: igitur non erunt contumaces, qui non pertinent ad eius Iuriſdictionem, cui negant obſequi. Cui rurſus conſequens eſt, quod citatus non cogatur venire ad eum, ad cuius Iuriſdictionem non pertinet, alioquin ſi cogeretur, contumax exiſteret.

3. Idem confirmare videtur, quod nullas vires habere poſſit vocatio facta ex autoritate illius, qui nullam iuriſdictionem habuit in citatum. *l.1.§.vlt.ff.quod quiſq. iuris.* Et ſi male vocat, qui vocat, non delinquit qui vocatus non venit *arg. l.1.§.vltim. ff.ne quis eum.*

Veruntamen hæc quæ hactenus adducta ſunt, ita conciliari poſſunt, vt ad non competentem iudicem vocatus comparere teneatur in dubio, quando nondum certum & manifeſtum eſt, illum, qui vocauit, eſſe incompetentem iudicem; tunc enim, vt ait Ictus, vocatus venire debet, vt hoc ipſum ſciatur, an iuriſdictio eius ſit; quæ verba ſatis innuunt loqui *d.l 2.ff. ſi quis in ius vocat. & d.l.5.ff.de iudic.* eo in caſu, quo is, qui vocauit, non eſt notoriæ incompetens.

Quod ſi notorie incompetens ſit, tum vocatus ipſi, tanquam extra territorium, vel ſupra iuriſdictionem ſuam ius dicenti, impune non paret. Nec contemnit authoritatem ius dicentis. Atque ita *d.l. fin.ff.de Iuriſd.* intelligi debet de eo caſu, quo de incompetentia iudicis iam conſtat, ſeu quo notoriæ incompetens eſt is, qui vocauit.

Pari modo interpretanda eſt *d.l.5.ff.de iudic.* de ijs, qui notorie non pertinent ad iuriſdictionem eius, cui obſequi negant; hi enim contumaces non exiſtunt ſi non parent ius dicenti, ſecus cum adhuc incertum & dubium eſt, anne ſpectent ad illius iuriſdictionem.

Idem plane ad tertium reſpondendum eſt, nullas vires habere citationem, eius autoritate factam, qui notorie nullam in citatum iuriſdictionem habuit, quique manifeſte male vocauit: huic enim, etſi non pareat vocatus, non tamen delinquit *d.l.fin.ff.de Iuriſdict.* ſi igitur extra territorium citanti impune non paretur, vt eſt in *d.l. fin. ff.de Iuriſdict.* quæritur non immerito, ſi fortaſſis præſentia illius qui Iuriſdictioni alterius ſubeſt, opus habeat iudex, quomodo ille citandus ſit? Et tripliciter citationem fieri poſſe, oſtendit Gailius *d.obſeru.56.* primo per nuncium, ſecundo per iudicem rei ſitæ, tertio per edictum.

Per nuncium, etſi citatio fieri non poſſit ad eum effectum, vt iudex iuriſdictionem in perſonam citatam exerceat, ſed tantum vt futuræ litis ratione rei ſcientiam habeat; quæ denunciatio hoc operabitur, vt iudex rei ſitæ in contumaciam citati, non comparentis, ad immiſſionem bonorum procedere poſſit, licet perſonam citati in contumaciam, pœna aliqua pecuniaria, vel banni, mulctare nequeat. Ideo autem valet actus nuncij ad denunciationem, quia nudum tantum miniſterium executionis eſt, non iuriſdictionis *l.omnes.§.verum ſi apparitor C. de epiſcop. & Cleric.* Quæ.21. *An extra territorium ad ſolã rei ſciẽtiã habendam citatio fieri poſſit?*

Secundo per literas extra territorium fieri poteſt citatio, ita vt iudex rei ſitæ, literas mittat iudici, ſub cuius iuriſdictione & territorio eſt citandus, quibus illi futuram litem ſignificet, & proinde admoneat citandum, vt veniat reſponſurus ſuper libello *l...ff.de exhib.reis.* Quam denunciationem non eſſe proprie citationem, ſed aliquam duntaxat inſinuationem litis, vt reo ſaltem innoteſcat, actorem ſuper re, in territorio citantis, vel potius ſignificantis & admonentis ſita, quæſtionem mouere atque actionem in-

inſtituere velle, ait Gailius, eiuſque admonitionis dicit hunc effectum eſſe, vt ius aliquod iudici in re citati conſtituatur adeo vt ſuper ea iudex in contumaciam non comparentis, iuriſdictionem ſuam exercere poſſit.

Tertio extra territorium citari aliquis poteſt per edictum publicum, de quo in præcedentibus fuit dictum. Et hunc poſtremum citationis modum ait Gail. eſſe tutiſſimum, ac quando & quomodo fieri poſſit, prolixe docet *1. obſeruat.* 57. vide etiam Emericum Roſbach *prax. ciuili. titulo 27.*

Quæritur porro, ſi quis ad vnum terminum à ſuperiore & inferiore iudice citatus fuerit, vbi ſe ſiſtere debeat? Diſtinguunt Iuris noſtri Interpp. hoc modo, ſi is, qui citatus eſt ad inferiorem iudicem, ſi in eundem diem citetur à maiori auditorio & ſuperiore iudice, impune non pareat primæ citationi, ſed ſequatur iudicem maiorem, ſi modo maior iudex habeat immediatam iuriſdictionem in ſubiectum inferiori magiſtratui & minor magiſtratus in cauſa fortaſſis ciuili, maior vero & ſuperior in cauſa ciminali citet. Et hoc eſt, quod Paulus ſcribit in *leg. 54. §. 1. ff. de re indicata.* Is qui ad maius auditorium vocatus eſt, ſi litem inchoatam deſeruit, contumax non videtur. Quod ſi vero maius ſit auditorium, quod non poſſit adiri immediate, quodque non exerceat iuriſdictionem in ſubiectos, niſi via appellationis, & iudex appellationis citet in eundem diem, quo ab inferiore iudice citaretur, is deberet inferiori iudici parere, & non ſuperiori.

Quod ſi quis ad eundem terminum à diuerſis vocetur iudicibus, parem iuriſdictionem habentibus, ei qui prius citarit parere debet & ad eius tribunal venire, quoniam is, qui iam in ius vocatus erat, ab alio vocari iure non poteſt. *l. 2. & l. 4. ff. de in ius vocand.* Zaſius *ad d. l. 54. ff. de re indicata.*

RESOLVTIO THESIS Sexta.

Citari debent omnes, quorum intereſt, quorumque cauſa agitur. Ita Paulus in *l. 47. ff. de re indic. De vno quoque ait, negotio, præſentibus omnibus quos cauſa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum inter præſentes tantum tenet.* Et Vlpianus in *l. 39. ff. de adopt.* ad adoptionem vult citari eos, qui lædi poſſent per adoptionem. Vnde recte Dd. hanc extruxerunt regulam, quando cauſa certam concernit perſonam, quæ ex coactu lædi poſſet, tum eam nominatim eſſe citandam. *Lit. A.*

Quid vero ſi citata non fuerit? Reſpondet author noſter ſententiam ipſo iure nullius eſſe momenti: cuius ratio perſpicua eſt: nam citatio eſt principium iudicij ſubſtantiale & fundamentum proceſſus, ita vt iudex neque in iudicando, neque exequendo tentare debeat quicquam, niſi vtraque parte citata *§. fin. l. de pœn. tem. litigant.* Eo igitur omiſſo, reliqua omnia nullius eſſe momenti, conſequens eſt. Queſt. 23 *An ſententia nullius ſit momẽti, ſi is, cuius intereſt, citatus non ſit?*

Non obſtat huic *l. ſæpe 63. ff. de re iudicata* vbi non erant citati, nec præſentes hi, quos negocium contigerat, nempe procedebatur contra hæredem & erãt plures heredes, nihilominus tamen ſententia valuit.

Reſpondet enim Gloſſa; omnes debere citari, quos negocium æque principaliter concernit: in *d. l. ſæpe.* negociũ heredes contigiſſe quidem, ſed non omnes æqualiter, vt qui non impeterentur: ſic & cum emptor impetitur circa rẽm emptã, hoc negocium contingit etiam venditorẽ, ſed minus principaliter & ꝑ acceſſum,

quapropter ſufficit emptorem citari, Zaſius in *d.l. 47.*

Quod ſi ſententia lata ſit pro parte abſente & non citata, vtrum adhuc ſententia ipſo iure erit nulla? Affirmat Autor noſter, ſecutus Iaſonem & Alexandrum.

Sed contraria ſententia videtur eſſe verior, quod videlicet hoc caſu lata ſententia, pro reo non citato, non ſit nullius momenti, ſed ſubſiſtat, quoniam ea ſententia nemo eſt læſus, nec indefenſus & inauditus inique condemnatus eſt, quæ ratio principalis eſt, cur vtraq; pars citari debeat, ratione itaq; hac deficiente in propoſito caſu, dicendum eſt quod valeat ſententia, omiſſa etiam citatione, quid nam vero dicendum ſit eo caſu, quo citandus iam præſens eſt in iudicio, vtrum ad eam quoq; cauſam, ad quam citatus non eſt, reſpondere cogendus ſit, expoſui ſupra in *theſ. 3. lit. D. vbi vide.*

Illud verum eſt quod illi abſentes citari non debeant, qui actum impedire præſentes nequeunt, quæ regula fundatur in *l. 4. §. 3. ff. de fideicommiſſ. liber.* vbi ita Vlpianus: *Illud videamus vtrum præſentes eſſe debent, qui libertatem acceperunt, an vero non. Et cum inuitis illis poſſunt bona propter libertatem addici, vtique etiam abſentibus.*

Eodemque pertinet etiam *l. 26. ff. de reg. iur.* in qua Vlpianus: *qui poteſt inuitis alienare, multo magis & ignorantibus.* Quæ regula, etſi de alienatione ſit concepta, ob paritatem tamen rationis ad alium quemuis actum porrigi debet, ſic, vt qui actus inuito aliquo, fieri poſſit, idem quoque eodem ignorante celebrari & peragi queat: cum fruſtra requiretur præſentia eius, cuius præſentiæ nullus foret effectus.

Et ſane cum citatio ad hunc potiſſimũ effectum neceſſaria ſit, vt is, qui ſua intereſſe putauerit, comparere, ſeq; defendere poſſit *d.l. 47. de re iudicata.* Igitur ſi præſens & citatus non poteſt impedire actum, recte citatio omittitur, quia ceſſat ratio & finis citationis.

Idem dicendũ eſt ſi præſens nihil poſſit allegare pro ſui defenſione, de eoq; iudici certo conſtet, nam & hoc caſu citandus non erit; tum quia præſens actum impedire non poteſt: tum quia citationis finis & vſus deficit.

Sunt & alij caſus, quibus citatio fieri non debet, de quibus infra in *theſi 8.* dicetur.

Cæterum citare & in iudicium vocare non quoſuis indiſtincte licet; excipiuntur enim quædam perſonæ, quæ edicto prætoris in ius vocari prohibentur. Harum autem perſonarum duo ſunt ordines: vnus eſt eorum, quos ad tempus in totum vocari prætor vetat, tales ſunt magiſtratus populi Romani, quandiu magiſtratu funguntur; itemque illi, qui aliquo neceſſario negotio impediuntur, quominus id honeſte omittere poſſint, vt ſunt, qui vxorem ducit, quæ nubit, qui funus familiare proſequitur & alij nonnulli, qui enumerantur in *l. 2. 3. & 4. ff. de in ius voc.* alter ordo eſt eorum, quos prætor concedit quidẽ in ius vocari, ſed nõ aliter quam ſpeciali permiſſu ſuo, quo numero ſunt parentes, patronus, patrona, liberi, parentes patroni patronæue, de quibus in *d.l. 4. & ſeq. ff. de in ius voc.* *Lit. B.*

De hoc poſteriori ordine prius in præſenti theſi noſtra Autor tractat; ſed male & animaduertendo errore magiſtratus populi Romani in eum ordinem collocat cum conſtet illos, durante magiſtratu, in ius plane vocari non poſſe. Sed tamen ordinem ipſius ſequentes, videamus quare hoc edicto prætoris conſtitutum fuerit & de quibuſnam magiſtratibus recipi debeat? Quæ. 24 *Quinam magiſtratus nõ poſſint in ius vocari?*

Et, ſi de ratione, ob quam magiſtratus Romani in ius vocari nõ potuerint, quæritur, hæ ſine dubio, & non aliæ, reddi debẽt, quod videlicet olim licuerit aduerſarium

rium propria authoritate in ius vocare & obtorto collo ad eum, qui ius dictur⁹ erat pertrahere: hoc autẽ cum non exigua cũ ignominia eſſet coniunctũ, ideo ne dignitas & autoritas magiſtratus per hoc conuelleretur, noluit prætor eos in ius durãte officio illorum, vocari, quin & ideo vocari prohibentur, quia cum in negociis publicis expediendis eſſent occupati; ne fortaſſis à tractione negotiorũ iſtorum maxime arduorum auocarentur, vel impedirentur, viſum fuit è re publica eſſe, vt hoc ad finem vſque officij differretur.

Accedit denique quod perſonis huiuſmodi debeatur reuerentia & honor à ſubditis; qui non parum ignominioſa iſta in ius vocatione læderetur.

Nec hoc cum magna iniuria priuatorũ coniunctum eſſe videtur, ſiquidem, depoſito magiſtratu, ipſis, qui actionem & petitionem aduerſus magiſtratum habent, facultas agendi ſuumque in iudicio perſequendi conceditur *l. 48. ff. de iudic.*

Hodie vero cum magiſtratus plerique ſint perpetui, permittitur, durante etiam magiſtratu eorum, in ius eos vocare, quia nimis iniquum foret prohiberi in perpetuum ſubditos, vel priuatos aduerſus magiſtratum agere & ius ſuum perſequi; adeoque rebus ſuis priuari, iure ſuo vti prohiberi, & magiſtratui per hoc occaſionem præberi & anſam priuatorum bona diripiendi, ſpoliandi, debitumque priuatis negandi, illoſque iniuria, pro lubitu, afficiendi. Obſeruandum autem eſt, id quod cautum eſt edicto, non poſſe magiſtratum, durante eius officio, in ius vocari, ad magiſtratum duntaxat maiorem ſpectare, ad minorem magiſtratum Romanum non eſſe extendendum. Id quod Vlpianus in *lege 2. ff. de in ius vocando* haut obſcure ſignificat his verbis: ***In ius vocari non oportet neque Conſulem neque Præfectum, neque Prætorem, neque Proconſulem, neque cæteros magiſtratus, qui imperium habent, qui coercere aliquem poſſunt & iubere in carcerem duci***, Nec idem diſſimulat Paulus in *lege 48. ff de iudic.* ***Magiſtratus***, inquiens, ***quo anno cum imperio ſunt, neque propriam, neque eorum, quorum tutelam vel curam gerunt, cauſam in iudicio vel agendo, vel defendendo ſuſtinento. Simul ac vero magiſtratus dies exierit non ipſe tantum aduerſus reos ſuos, ſed etiam aduerſus ipſos litem intentare ius faſque eſto.***

Ecce vterque textus magiſtratũ, quoad magiſtratus eſt, in ius vocare prohibens, de eo loquitur magiſtratu, qui cum imperio eſt, qui aliquem coercere poteſt. Atqui minor non eſt cum imperio, ſummo ſcilicet iſto, quod in coercitione præcipue conſpicitur, hic etiam in *lege 32. ff. de iniur.* diſerte diſtinguitur inter maiorem & minorem magiſtratum; & ille prohibetur vocari; hic vero vocari conceditur, dum ita illic Vlpianus ſcribit: ***Nec magiſtratibus licet aliquid iniurioſe facere: ſi quid igitur per iniuriam fecerit magiſtratus vel quaſi priuatus, vel fiducia magiſtratus, iniuriarum poteſt conueniri; ſed vtrum poſito magiſtratu, an vero & quandiu eſt in magiſtratu; ſed verius eſt, ſi is magiſtratus eſt, qui ſine fraude in ius vocari non poteſt: expectandum quoad magiſtratu abeat: quod ſi ex minoribus magiſtratibus erit, id eſt, qui ſine imperio aut poteſtate ſunt magiſtratus, & in ipſo magiſtratu poſſe eos conueniri.***

Cæterum quod dictum eſt, maiores magiſtratus non poſſe in ius vocari, antequam magiſtratum depoſuerint, hoc ad delicta, à magiſtratibus in officio commiſſa, negat Autor extendendum eſſe; & ideo eos propter delictum in officio commiſſum, durante adhuc ipſorum magiſtratu, in ius vocari poſſe ſtatuit: nititur primo *lege 4. ad L. Iul. Repetund.* vbi in hæc verba Imperatores ſcribunt: ***Iubemus atque hortamur, vt ſi quis forte honoratorum, decurionum, poſſeſſorum, poſtremo etiam colo-***

 norum

norum aut cuiuslibet ordinis à iudice fuerit aliqua ratione concuſſus, ſi quis ſcit venalem fuiſſe de iure ſententiam, ſi quis pœnam vel precio remiſſam, vel vitio cupiditatis ingeſtam; ſi quis poſtremo quacunque de cauſa improbum iudicem potuerit probare, is vel adminiſtrante eo, vel poſt adminiſtrationem depoſitam in publicum prodeat, crimen deferat, delatum approbet, cum probauerit & victoriam reportaturus & gloriam. Ecce hic, etiam durante adminiſtratione licet magiſtratum ex lege Iulia repetundarum conuenire.

Idem probari videtur *Nouell. 96. cap 4.* cuius hæc ſunt verba: *Si tamen contigerit quendam noſtrorum ſubiectorum ab ipſo clariſſimo prouinciæ iudice lædi, iubemus eum adire ſanctiſsimum illius ciuitatis epiſcopum & ipſum iudicare inter clariſsimum illius prouinciæ iudicem & eum qui putatur lædi ab eo. Et ſi quidem contigerit iudicem legitime & iuſte iudicari à ſanctiſsimo Epiſcopo; ſatisfacere eum omnibus modis, ei qui interpellauit aduerſus eum: Si vero refutauerit iudex hoc agere & peruenerit ad nos ipſa lis, ſi quidem inuenerimus quia iuſte & ſecundum leges aditus à ſanctiſsimo Epiſcopo, ea quæ condemnatus eſt, non fecit: Nouiſsimis eum ſubdi ſupplicijs præcipimus, quoniam qui debet vindicare oppreſſum, ipſum opprimere reperitur.*

Ex his textibus vulgo opinantur iuris interpretes, quos & ipſos ſequitur Autor noſter, in delictis edictum prætoris, magiſtratus in ius vocari prohibentis, locum non habere: ſed his grauiter aduerſatur *leg. 32. ff. de iniur.* cuius verba ſupra recitauimus; vbi expreſſis verbis oſtenditur, maiores magiſtratus non poſſe in ius vocari, ſi alicui iniuriam effecerint, quandiu videlicet ipſorum durat officium. Et quod edictum prætoris ad delicta pertinet, perſpicue ibi oſtendit Vlpianus.

Nec refragatur magnopere *d. leg. 4. C. ad leg. Iul. repetund.* loquitur enim de eo magiſtratu, qui pecuniam acceperat, vt ſententiam pro dante ferret. Quod crimen huiuſmodi eſt, vt propter illud ab officio remoueatur *l. 6. ff. ad leg. Iul. repetund.* At quibus ex delictis magiſtratus ab officio remoueri poteſt, ex iiſdem quoque durante magiſtratu & adminiſtratione, in ius vocari poteſt. Iaſon. in *leg. 2. ff. de in ius vocando.* Idem quoque ad *Nouellam 86. cap. 4.* reſpondendum videtur: Etenim in *dict. leg. 4. C. de repet.* ſancitum eſt, vt ſi quis quacunque de cauſa improbum iudicem poſſit demonſtrare, is adminiſtratione durante eum deferre debeat, quo is remoueri poſſit: Atqui in *d. Nouell. 86 cap. 4.* agitur de iudice improbo, qui poteſtate ſibi conceſſa abutebatur, nec iuſtitiam adminiſtrabat, verum partem litigantem lædere ſtudebat, iniquam ſententiam in ipſam ferendo. Ad propoſitum igitur nec iſta Nouella conſtitutio pertinet, ſed regula iſta, quod magiſtratus, durante magiſtratu, in ius vocari non poſſit, generaliter intelligi debet, ſiue ex contractibus, ſiue ex delictis conueniendus ſit; à qua excipitur delictum propter quod remoueri ab officio poteſt.

Ab eadem regula excipitur quoque actio, quæ tempore eſſet peritura: hæc enim, vt ſalua ſit priuato, inſtitui poteſt aduerſus magiſtratum, durante officio *l. Senatus ff. de offic. præſid.*

Excipitur quoque caſus quo quid contra iuriſdictionem ſuperioris faciunt: nã tunc durante etiam officio cõueniri poſſunt *l. ſi appellatione ff. de appellat.*

Secundum ordinem illorum, qui prohibentur in ius vocari, dixi eſſe illorum, qui ſine venia prætoris in ius vocari prohibentur, venia vero impetrata, vocari poſſunt. De his ita prætor edicit: *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ in ius ſine permiſſu meo ne quis vocet.*

Quod edictum generaliter ad omnes per-

perſonas, quibus reuerẽtia debetur, pertinere, docet ICtus Modeſtinus in *l.13.ff. de in ius vocãd.* Et in eos, qui ſine venia & permiſſu huiuſmodi perſonas, in ius vocauerint datur actio pœnalis quinquaginta aureorum *l.12.ff. de in ius vocand.*

Qu. 25. *An edictũ prætoris de non vocandu ſine venia, quibuſdã perſonis ſit hodie ſublatũ?*

Vtrum vero hoc edictum etiamnum vigeat & in vſu ſit, an vero hodie ſit ſublatum, non conuenit inter Dd.

Et quidem Autor noſter ſtatuit illud hodie non amplius priuilegij ſingularis loco haberi, ſed commune omnib⁹ eſſe; ita vt neminem ſine permiſſu iudicis in ius vocare liceat. Hinc etiã exiſtimat inutiles & ſuperuacuas eſſe quæſtiones iſtas, vtrum vaſallus dominum, diſcipulus præceptorem, priuignus nouercam ſine venia magiſtratus vocare poſſit? atque hæc ſententia à plurimis iuris interpretibus recepta & nouiter à Vulteio prolixe defenſa eſt in *diſcept. Scholaſticis cap. 1.*

Rationes, quibus mouentur, vt ſic ſtatuãt, hæ ſunt. 1. Ceſſante cauſa priuilegij, ceſſat etiam priuilegiũ, & ſublata ratione diſpoſitionis, ipſa quoq; diſpoſitio ſublata eſſe cenſetur. Atqui ratio, ob quam ſine ſingulari venia & permiſſu magiſtrat⁹ olim in ius non poterant prædictę perſonæ vocari, poſita erat in violẽta iſta in ius vocandi ratione olim vſitatã, de qua ſupra in *theſ. 1.* nonnihil dictum fuit: quam hodie ſublatam eſſe manifeſtiſſimum eſt, ac totius Germaniæ praxis edocet: *vide Ordinat. Cam. part. 1. tit. 22.* 2. Accedit quod cum hodie nemo poſſit ſine permiſſu & autoritate magiſtratus in ius vocari, vt modo fuit oſtenſum, ſequeretur, ad has perſonas duplici venię impetratione op⁹ eſſe, quo legitime ſint vocatæ, vna ex iure cõmuni, altera vero ex priuilegio ſingulari: atqui hoc abſurdum; ergo & illud.

Cæterum mihi ſemper viſa eſt contraria ſententia verior, quod ſcilicet edictum iſtud prætoris de parentibus & patronis ſine venia in ius non vocandis, non ſit ſublatum ſed etiamnum vigeat.

Etenim cur olim prohibiti fuerint parentes & patroni, aliiſque quibus debetur honor & reuerentia, in ius vocari, ratio non ſolum iſta erat, quod iniurioſum & reuerentiæ iſtis perſonis debitæ contrarium, eas priuata autoritate, violenter obtorto collo in ius rapere; ſed etiã quia præcauendum erat, ne fortaſſis huiuſmodi perſonæ famoſa actione, aut ſane tali, qua fama ſuggillaretur parentum atque patronorum, pulſarentur & conuenirentur *leg. 10. § 12. ff. de in ius vocand.* vbi ita Vlpianus: *Prætor ait in ius niſi permiſſu meo ne quis vocet: permiſſurus enim eſt, ſi famoſa actio non ſit, vel pudorem non ſuggillat.* Ex quibus verbis luculenter ſane patet, quod præcipua cauſa edicti fuerit, ne famoſa actione peterentur illi, quibus reuerentia, honor & gratitudo debentur: hac quippe ceſſante, permittit prætor vocare. Atqui ratione iſta & cauſa adhuc hodie durante, dubium nullum eſſe poteſt, quin edictum iſtud etiamnum duret.

2. Et ſane ſi ſpecialis iſta veniæ impetratio in citatione prædictarum perſonarum ſublata eſſet, ſequeretur quod inepte quæſitum fuiſſet & diſceptatum in Camera Imperiali, vtrum vaſallus dominum ſine venia iudicis in ius vocare poſſit: atqui hoc acriter diſputatum fuiſſe in Camera Imperiali teſtantur Mynſinger *4. obſeruat. 92.* & Andr. Gail. *de pign. cap. 15. numer. 4.* igitur ne fruſtra & inepta diſceptio iſta ſuſcepta ſit, admittendum erit, hodie adhuc iſtam ſpecialem veniæ impetrationem locum habere.

Nec hanc ſententiam euertunt quæ Autor noſter pro contraria adducit opinione; Primo quippe iam tum ſatisfactũ eſt, dum oſtenſum fuit, quod non ſola iſta violenta in ius vocatio in cauſa fuerit quod olim non potuerunt perſonæ qui-

quibus reuerentia fuerit debita in ius vocari, ſed & alia ſubfuerit ratio quæ etiamnum obtineat.

Et profecto plane mihi perſuaſum habeo, edictum iſtud prætoris de venia impetranda ad violentam in ius ductionem, ſeu raptionem non pertinuiſſe; ſed ad eam ſolum, quæ facta fuerit autoritate magiſtratus, ſic vt illæ perſonę, quibus reuerentia debetur, vi in ius rapi plane non potuerint, prohibente pietate & gratitudine; autoritate vero magiſtratus vocari potuerint, ſed ita, ſi prius ſpecialis huius venia à prætore fuerit impetrata. Vt ita ſtatuam, his argumentis adducor.

1. Quia Vlpianus verba hæc prætoris in ius niſi permiſſu meo ne quis vocet interpretens, ait permiſſurum eſſe prætorem ſi famoſa actio non ſit, vel pudorem non ſuggillet qua patronus conuenitur *lege 10. §. 12. ff. hoc. tit.* Atqui ſi edicti verba de violenta vocatione accipienda eſſent, non permitteretur ita vocare parentes & patronos, etſi actio famoſa non eſſet. 2. Quia Paulus ait, ceſſare pœnam edicti, quando pœnituerit libertum & actionem remiſerit *l. 11. ff. de in ius voc.* Atqui ſi patronus violenter & obtorto collo à liberto in ius eſſet raptus & perductus, non remitteretur ei actio ob ſolam pœnitentiam. 3. Quia ceſſat edictum, ſi patronus non inuitus vocatus ſit *d. l. 11.* At quomodo non inuitus vocatus eſſet, qui violenter, obtorto collo, in ius abreptus fuerit? 4. Quin etiam prætor nunquam permittet violenter ita in ius vocare parentem & patronum, cum hoc extremam impietatem & ingratitudinem ſaperet.

Quare longe verius eſſe opinor, quod edictum ad eam citationem & in ius vocationem pertineat, quæ fiat autoritate magiſtratus, ſicut ea non potuerit citari ſine ſpeciali veniæ impetratione patronus vel parens.

Igitur nec hodie id fieri poſſit, ſublata etiam reali iſta violenta citatione.

Ad alterum argumentum reſpondetur, etſi hodie non requiratur vt expreſſe veniam petat, qui eiuſmodi perſonas in ius vocari poſtulat; neceſſarium tamen eſſe, vt perſonæ qualitatem in libello ita iudici deſcribat, vt ipſi conſtare poſſit, eam ex illarum eſſe numero quæ temere in ius vocari non poſſunt, nec famoſa actione pulſari ac conueniri queunt, vtque ſummatim controuerſiam enarret, vt iudici appareat, qua actione vſurus ſit.

Quæ deſcriptio & enarratio pro veniæ petitione habebitur: quod ſi diſſimulata perſonæ qualitate, ob quam edicto prætoris ſine venia in ius vocari prohibetur, citationem impetret, & perſonam illam in ius vocari faciat, dubitari non poteſt, quin adhuc edicti pœna vigeat, *arg. d. l. 10. §. 12. ff. de in ius voc.* Gothofred. Anton. *diſp. 3. Anti Vulteian.*

Quocirca quæſtiones iſtæ, vtrum Vaſallus dominum, diſcipulus præceptorẽ, priuignus nouercam, venia non impetrata, in ius vocare queant? non ſunt inutiles nec otioſę ſed diligenti diſcuſſione digniſſimæ.

Et quidem, quod ad primam quæſtionẽ, anne videlicet vaſallus ſine veniæ impetratione dominum feudi, ſiue ſeniorẽ ſuum in ius impune vocare poſſit, nõ exiguam patitur difficultatem. Qu. 26. *An vaſallus poßit dominũ venia in ſine ius vocare?*

Non enim deſunt qui exiſtiment, vaſallum citra veniæ impetrationem dominum ſuum in ius vocare poſſe Mynſing. *4. obſeruat. 92.* Gail. *de pignerat. obſeruat. 15. num. 4* Fachin. *10. controu. 90.* Vult. *diſcept. ſcol. 1. & tract. feud. lib. 1. cap. 10. n. 12.* Borcholt. *de feud. cap. 10 n. 38.* Zaſius ad *§. pœnales. Inſtit. de actionib.*

1. Quia neque in edicto prætoris de in ius vocando dominus feudi illis annumeratur perſonis, quæ ſine venia magiſtratus vocari nequeunt; neque vſpiam in iure

iure feudali ſine venia in ius vocari prohibitus legitur. Dicendum igitur quod ſine venia magiſtratus licite & impune in ius vocari poſſit.

2. Accedit quod regula ſit, quemuis, aduerſus quem actio nobis competit, ſine ſpeciali veniæ impetratione in ius vocari poſſe, à qua regula, cum non excipiatur dominus feudi, intelligitur ſub regula cõtineri. Quod n. à regula expreſſe exceptũ nõ eſt, id ſub regula cõtineri cenſetur.

3. Et ſane ratio differentiæ inter vaſallum & libertum videtur admodum eſſe perſpicua, quia libertus, vtpote nouus homo, multo plus debeat patrono, quam Vaſallus ſeniori: cum ille à patrono habeat nouam vitam: hic à ſeniore nihil niſi feudum: libertus à patrono acceperit rem inæſtimabilem ac precioſiſſimam, libertatem videlicet: Vaſallus vero à Domino rei precio æſtimabilis vſumfructũ duntaxat, & quidem non gratis, ſed pro ſeruitiis, domino pro hoc vſufructu viciſſim præſtandis: vt proinde mirum non ſit, cõtra libertũ, hanc petitionem veniæ negligẽtẽ, cõpetere patrono actionẽ pœnalẽ in 50. aureos, aliud aũt ſit in Vaſallo.

4. Huc denique facit quod hæc ſententia ſit vſu recepta & ſummo Imperii dicaſterio multis præiudiciis confirmata. Verum n. vero contrariã opinionẽ in puncto iuris longe eſſe veriorem cenſeo.

Etenim non ſolum illis perſonis, quæ in edicto prætoris nominatim recenſentur, hoc tribuitur priuilegium, vt nõ poſſint ſine venia prætoris in ius vocari; ſed idem beneficium cæteris quoque vniuerſis tribuitur, quibus reuerentia debetur: *Generaliter*, ait Modeſtinus, *eas perſonas quibus reuerentia praſtanda eſt, ſine iuſſu prætoris in ius vocare non poſſumus, l. 13. ff. de in ius vocand.* Et Gordianus ſcribit: *edictum de non vocando in ius ſine venia magiſtratus ad omnes omnino perſonas pertinet, quibus naturali ratione honor debetur.* Reuerentiam autẽ deberi domino à Vaſallo, probat *tit. 38 in fine li. 2. Feud.* Et quidẽ iure naturę & naturali ratione, quæ à beneficiariis requirit gratitudinem erga benefactores *leg. 25. paragraph. Conſuluit. Digeſt. de petit. hereditate.*

2. Quin & ratio conſideranda eſt edicti prætoris: ea in *l. 10. §. 12. ff. de in ius vocando.* exponitur, hæc videlicet quia præcauendum ſit, ne parentes & patroni famoſi aliqua actione conueniantur, quæ pudorem illorum ſuggillet: atqui nec vaſallus vlla ratione honorem domini lædere, ſed eam potius omnibus modis teneri ac ſartam tectam conſeruare debet *tit. 5. & 6. lib. 2 Feud.* & ideo non debet vlla actione famoſa, quæ imminuere poſſet exiſtimationem ac honorem domini, dominum conuenire; adeoque eadem plane ratio, ob quam parentes, ac patroni ſine venia in ius vocari non poſſunt in domino feudi quoque obtinet.

Non obſtat primum contrariæ opinionis fundamentum: tametſi enim neq; in edicto, neque in iure feudali expreſſe cautum reperiatur, quod dominus feudi nõ poſſit in ius à vaſallo ſine venia vocari, ſufficit tamen quod interpretatione Imperatorum ac prudentum, prætoris edictum ad omnes porrigatur eos, quibus debetur reuerentia *l. 13. ff. de in ius voc. l. 2. C. de in ius voc.* inter quos, ſine dubio, & dominus feudi eſt: ſufficit quoque quod ratio edicti in domino feudi locum habeat, vt modo fuit oſtenſum.

Non obſtat ſecundum, quia à regula iſta communi dominum feudi exceptum eſſe, perſpicue probatum fuit.

Ad tertium & poſtremum reſpondetur, negari quidem non poſſe, quod euidens ſit inter libertum & vaſallum differentia, & ideo argumentum à liberto ad vaſallum non procedat: interim tamen, quoad præſens negotium, parem eſſe rationem ex prædictis liquet: ſic etiam inter libertum & filium magnam eſſe differentiam, & filium ad longe maiorem pie-

 tatem

tatem gratitudinem & reuerentiam parenti eſſe obſtrictum, quam libertum patrono, nemo negare poteſt; & tamen quoad præſens negotium, filius & libertus comparantur.

Qu. 27. *An diſcipulus præceptorem in ius ſine venia vocare poſſit?* Quæritur porro vtrum diſcipulus præceptorem ſine venia in ius vocare poſſit? Affirmatiua placet Franciſc. Duareno *cap. 4.* ideo, quia edictum prætoris de præceptoribus non ſit conceptum, & reſponſum Iuriſconſulti Modeſtini accipiendum ſit de his, quibus neceſſitate legis reuerentia præſtatur, quales ſunt parens & patronus *tit. de obſeq.* non etiam præceptor. Nam, etſi præceptori, aut ſeni naturalis quædam ratio & honeſtas ſuadeat reuerentiam præſtari, nulla tamen lege id fieri præcipitur, nec quiſquam ad id inuitus cogi poſſit.

Verum ab hac ſententia communiter Interpp. recedunt, ſtatuentes quod ſine venia non poſſit Præceptor in ius vocari: ita Iacobus Menochius *arbitr. iudic. caſ. 500.*

1. Quia idem honor debetur præceptoribus, qui parentibus *leg. liberto. Digeſt. de obſequio. par. & patron.* Nam quartum decalogi præceptum, quod parentes honorari iubet, ex omnium ſacræ ſcripturæ interpretum ſententia, ad præceptores quoque pertinet.

2. Hinc præceptorem parenti comparari videmus in §. *5. l. quib. ex cauſis manum. non licet.* Et alter parens vocatur Vlpianus Alexandri Imperatoris præceptor. *in l. 4. C. de locato.*

3. Quo pertinet & illud quod præceptores, diſcipulos ſuos erudientes, dicuntur ſuos FILIOS erudire *l. 1. C. de excuſat artificum.* Quod ſi igitur diſcipuli ſunt filii ſuorum præceptorum, ſequitur ex natura relatorum, quod præceptores ſint parentes ſuorum diſcipulorum.

4. Poſtremo quibus naturali iure debetur reuerentia paterna illi non poſſunt ſine venia in ius vocari *l. 13. Digeſt. de in ius vocand. leg. 2. C. eod. tit.* Atqui præceptoribus debetur reuerentia paterna, vt ex hactenus dictis patet, ſequitur itaque quod præceptores non poſſint ſine venia in ius vocari.

Nec audiendum puto Duarenum, reſpondentem, verba Iuriſconſulti Modeſtini *in d. l. 13.* accipienda eſſe de his, quibus neceſſitate legis reuerentia præſtatur, quales ſunt parens & patronus: præceptoribus vero, ratione quidem naturali ſuadente, reuerentiam eſſe præſtandam, ſed nulla lege id fieri præcipi.

Reſpond. Nam imo lege diuina, lege morali, quæ in quarto præcepto decalogi continetur, præceptoribus quoq; obſeruantiam, reuerentiam, honorem & pietatem à diſcipulis exhiberi, ſeuere præcipitur, ſi modo, vt conſtans eſt Theologorum ſententia, præceptum iſtud de honorandis parentibus, ad præceptores extendendum eſt.

Multo minus admittendum puto diſtinctionem Autoris, diſtinguentis inter citationem realem & verbalem, vt illa quidem in præceptorem ſine venia exerceri poſſit: hæc vero non item: nam edictum de non vocandis in ius ſine venia prædictis perſonis, ad vocationem verbalem ſpectare, prius fuit oſtenſum & ratio quoque *l. 10. §. 12.* id ſatis oſtendit, qua docemur, ideo non poſſe ſine permiſſu prætoris perſonas iſtas vocari, ne fortaſſis actione famoſa pulſentur & conueniantur perſonæ, quibus reuerentia debetur, quam rationem ad verbalem quoque citationem pertinere perſpicuum eſt; nec verbaliter igitur, nec realiter, ſine permiſſu magiſtratus & ſpeciali veniæ impetratione, præceptores in ius vocari poſſunt.

Qu. 28. *An Priuignus poſſit Nouercã in ius vocare, venia non impetrata?* Poſtremo quæritur anne priuignus nouercam in ius vocare poſſit? Et quod poſſit ſententia eſt plerumque: ſic enim ſtatuit Alciatus ad *l. 2. C. de in ius vocand.* Gilckenius *in l. 1. Cod. eod. tit.* & ibidẽ Iaſon. & quos prætereà allegat Author noſter.

Præci-

Præcipuum horum fundamentum conſiſtit *in leg. ſi nondum.3. Codic. de furt.* vbi Imperator Antonius permittit vitricum in ius vocare & famoſa actione furti conueniri: verba eius ſunt iſthæc: *ſi nondum rem templo diuino dedicatam* vitricus tuus furto abſtulit, habes aduerſus eum furti actionem. Quod ſi igitur priuignus ſine venia poteſt in ius vocare vitricum, cur non poſſet Nouercam quoque ſine venia vocare, cum non videatur minorem reuerentiã debere vitrico, quam Nouercæ. Et quod Nouercam permiſſum ſit in ius vocare, venia etiam non impetrata, probat dilucide *lex de his. 11. Codic. eod. tit.* in qua Diocletian. & Maximin. Demoſtheni in hæc verba reſcribunt: *De his quæ ſubtraxiſſe Nouercam pupilli tui precibus ſignificas, Rectorem adi prouinciæ: qui ſi eam poſtquam dominus rerum is, pro quo ſupplicas, factus eſt, aliquid furatum cognouerit: non ignorat in quadruplum furti manifeſti: nec manifeſti vero in dupli actione furti conſtituta, condemnationem formari.* Idemque euincere conantur per *l. 4. Digeſt de inoffic. teſtament.* & *leg. lex quæ tutores. 22. C. de adminiſtrat. tutor.*

Addit denique & rationem Alciatus, quod tale matrimonium ſecundum non ſine iniuria filii contrahatur, vt merito illis priuignus deferre non debeat.

Veruntamen mihi ſemper viſa eſt contraria ſententia verior & benignior: cum enim iniuria facta Nouercæ in patrem redundet naturalem *leg. 1. §. fin. de iniur.* Idcirco ſi famoſa actione nouerca pulſetur, quæ famam eius & exiſtimationem lædat aut ſuggillet, videtur parentis quoque exiſtimatio læſa, quod ne fiat, nouercam in ius citra veniam, vocare non licet.

Et amplius hoc confirmat, quod quæ reuerentia debetur marito, eadem quoque debetur vxori. *leg. 1. Codic. de in ius vocand.* ſic, vt ſi propter reuerentiam debitam vocari maritus non poteſt, niſi venia huius prius impetrata, nec vxor vocari poſſit *d. l. 1.* Atqui patri debetur reuerentia, nec is propter debitam reuerentiam in ius vocari poteſt. Igitur etiam nouercæ debetur reuerentia, nec in ius vocari poterit ſine venia.

Nec quicquam probant argumenta in contrarium adducta. Nam *in d. l. ſi nondum Codic. de furt.* non agitur de nouerca, ſed de vitrico: at diuerſa eſt ratio nouercæ & vitrici, quia non ſicut pater iniuriam patitur per nouercam, ſiue coniugem ſuam, ita quoque viciſſim mater patitur iniuriam per vitricum. *§. patitur. l. de iniur.*

Deinceps, etſi de nouerca loqueretur iſte textus, tamen hoc ſolummodo probaret, quod conueniri queat famoſa actione, id quod à nobis non negatur, nec in controuerſia eſt; ſed ita demum famoſa actione priuignus ſuam nouercam conuenire poterit, ſi prius veniam à magiſtratu impetrauit: ita enim Vlpianus hac de re ſcribit: *Prætor ait in ius ſine permiſſu meo, ne quis vocet: Permiſſurus enim eſt, ſi famoſa actio non ſit, vel pudorem non ſuggillat, qua patronus conuenitur, vel parentes: nam interdum etiam ex cauſa famoſa vt Pedius putat permittere debet Patronum in ius vocari à liberto, ſi eum grauiſſima iniuria adfecit, flagellis forte cecidit.*

Idem igitur de reliquis textibus habendum, quibus hoc duntaxat probatur, quod nouerca poſſit famoſa actione conueniri, ex quo male infertur, ergo etiam ſine venia magiſtratus, & cognitione prætoris etiam non præcedente: plus enim eſt in concluſione quam in præmiſſis.

Minus ad rem facit ratio Alciati: quanquam enim ſecundum matrimonium, reſpectu primi matrimonii liberorum, odioſum videatur, quia tamen

 pater

Digitized by Google

pater, qui ſecundum matrimonium iniit, nihilominus pater eſt, eidemque pietas nihilominus honor & reuerentia debetur: hæc autem reuerentia læderetur, ſi ipſius vxor, id eſt nouerca, in ius à filio vocaretur, ideo non tam propter nouercam, quam propter patrem non concedetur nouercam ſine venia in ius vocare.

Sed vtrum, patre mortuo, nouerca poſſit in ius ſine venia vocari, porro quæritur?

Affirmatiua placet plerisque eo, quod mortuo patre omnis affinitas & coniunctio, quæ prius inter priuignum & nouercam interceſſerat, ſit extincta, adeoque cauſa & ratio, ob quam antea, viuo patre, nouerca vocari non poterat, ſublata ſit.

Qu. 29. *An patre mortuo liceat nouercã ſine permiſſu ſpeciali in ius vocare?*

Sed mihi contraria negantium opinio magis arridet, quia vidua honorem, dignitatem, & forũ, ac domicilium omniaque priuilegia mariti defũcti retinet *l. 8. in fine ff de Senator l. 22. §. Vidua. ff. ad municipal. l. 3. C. de priuil. Schol.*

Quinimo in priori matrimonio ſtare cenſetur, quandiu alteri nupta non eſt *l. fin Codic. de bonis quæ liber. Nouell. 22. c. 20. §. ſoluto.*

Adeoque iniuria facta viduæ ad defunctum quoque maritum ſpectare videtur, cui profecto non parum foret ignominioſum, famoſa actione viduam ſuam conueniri.

Ne proinde defunctus iniuria afficiatur, ideo pietas & gratitudo, ad quam filius perpetuo patri, etiam defuncto, obſtringitur, prohibere videntur nouercam, defuncto patre, in ius vocari.

RESOLVTIO THESIS Septima.

Lit. A. INſuper citari nequit iudex dum cauſam cognoſcit *leg. 2. Digeſt. de in ius vocand.* Ratio eius eſt hæc; ne iudex munere ſuo, reipublicæ admodum vtile & neceſſario fungi impediatur.

Item in ius vocari prohibetur, qui apud prætorem cauſam agit *d. l. 2.* adeoque pars litigans coram vno tribunali, non poteſt vocari ad aliud tribunal. 1. Niſi aliud tribunal ſit eo maius *l. contra pupillum ff. de re iudicata* & diximus ſupra *theſi. 5. in fine.* vbi oſtenſum fuit quod vocatus per vnum iudicem, ſi vocetur ad maius tribunal, cogatur comparere coram poſteriore iudice.

2. Niſi actio poſterius intentata tempore eſſet peritura atq; ita periculum eſſet in mora, nam tunc ad poſteriorem iudicem, qui de huiuſmodi cogniturus eſt actione, venire debet vocatus *leg. ſecund. paragraph. qui exhibendi ff. de cuſtod. & exhib.*

3. Et niſi cauſa, ex qua is, qui iam tum litigat, vocatur, grauior ſit ea, ex qua prius vocatus erat: nam tunc hæc præfertur alteri *leg. Contumacia paragraph 2. Digeſt. de re iud.* His caſibus exceptis, in ius vocari non poteſt, qui apud prætorem iam tum cauſam agit.

Tertio non poteſt in ius vocari, qui equo publico in cauſa publica transuehitur *d. l. 2.* Quinam autem hic ſit, non conſtat inter iuris interpretes. Nam Vdalricus Zaſius, excellentiſſimus Germaniæ Iuriſconſultus, intelligi ait transuectionem equitum, quæ fuit inſtituta à Fabio maximo, vt eſt apud Titum Liuium *lib. 9.* Nam inſtituto Fabii, equites transuehebantur ibid. Quinti lib. per vrbem Romam, vt cenſerentur, quem morem propemodum prẹteritum & omiſſum renouarit Auguſtus apud Sueton. qui vetebat quenquam detrahi aut turbari ab vllis accuſationib. interea, dum transueherentur equites. Et cum hæc transuectio fieret ab æde Honoris in Capitoliũ, putat Cuiacius pro in *cauſa publica in d. l. 2.* legendum eſſe IN CAPITOLIVM, & Iacobus Ræuardus ſuſpicatur Tribonianũ notis deceptum fuiſſe ſic, vt dum ita ſcriptum eſſet, IN CAP. acceperit, ac ſi ſcriptum fuiſſet IN CAV. P.

Qu. 30. *Quinam ſit ille qui equo publico in cauſa publica vehi dicitur?*

Fr. Hoto-

Fr.Hotomannus *3 obſeru. 21.* hanc ſententiam ac coniecturã Budæi & Zaſii improbat ea de cauſa, ꝙ trecentis ante Fabiũ annis & cenſura, & illa equitum tranſuectio inſtituta fuerit, & quia Vlpiani ætate cenſus quidẽ equeſtres duraſſe & equites publicos habuiſſe dubium non ſit: at de Fabii iſta pompa, quæ Iulio menſe fiebat, nulla prorſus apud Spartanum Capitolinum & eiuſdem ætatis hiſtoricos mentio interponatur.

Igitur ipſe Hotomannus Vlpianum Iuriſconſultum in *d. l. 2. ff. de in ius vocand.* ait ſic ſcripſiſſe, *qui equo publico in cenſu publice tranſvehitur*, quia cenſus equitum aliquando dictus ſit quæ alias tranſuectio, alias probatio, alias recognitio equitum appellata eſt, & de hoc cenſu Cicero in *Orat. pro Cluent.* 10. & *Liuius libr. 29.* itemque Valerius Maximus *libr. 2. cap. 9.* teſtantur.

Authori noſtro probatur illorum ſententia, qui ſtatuunt per eum qui in *dict. l. 2.* equo publico in cauſa publica tranſuehi dicitur, intelligi nuncium, vel alium quẽvis, qui equo publico in cauſa publica vehitur: alebantur quippe equi ſumptu publico, vt ſi quid ſubiti negocii incidiſſet, mutatis celeriter equis, quo vellẽt Imperatores aut Reſpublica quemcunq; nuncium mittere poſſent *argum. l. fin. § patrimoniorum ff. de muneribus & honor.* Iohann. Coraſ. *1. miſcell. 11.*

Litera B. Illis poſtremò, qui in ius vocari non poſſunt, annumerat Vlpianus in *l. 4. ff. de in ius vocando.* furioſum & infantem; qui idcirco vocari prohibentur, quia nullum habent intellectum, nullum animi iudicium, nec intelligere poſſunt ad quid vocentur & num cedere, an vero contendere debeant, adeoq; omnis citationis finis & effectus in his deficit.

Et cum in ſpecie ac nominatim prohibeatur in ius vocari infans, ſequitur in eo pupillo, qui infantiam exceſſit, & vel proximus infantiæ eſt, vel pubertati proximus, aliud eſſe conſtituendum: quod ſcilicet in ius vocari poſſit, deficiente videlicet in eo illa ratione, quæ facit, quominus in ius vocari infans poſſit. Atque ita generaliter comparatum eſt in iure noſtro, vt cum vnus prohibetur nominatim, reliquis id conceſſum videtur *L. 12. ff. de iudic.* vbi Paulus ſcribit: *Cum prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id permittere videtur.*

Et hoc dubio procul procedit cum pupilli infantiæ vel pubertati proximi habuerint tutores: quid verò ſi tutores non habuerint, vt accidit cum tutor in teſtamento datus fuerit ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel ſub conditione, aut cum heres inſtitutus nondum adierit hereditatem, antequam alius à prætore conſtituatur tutor, anne interim pupilli tutore deſtituti, in ius vocari poterunt? Quæ. 31. *An pupilli, nõ habẽtes tutores, poſſint citari & in ius vocari?*

Et poſſe eos vocari, multi opinãtur; atq; his quoq; aſſentitur noſter autor, ſtatuẽs, quod pupilli, qui infantiam exceſſerunt cum effectu citari non poſſunt.

1. Quia legitimam perſonã non habent ſtandi in iudicio *tot. t. C qui legit. perſ. ſtandi.* At fruſtra in ius vocaretur, aut citaretur, qui in iudicio ſtare non poſſet.

2. Quia expreſſe in *l. 54. ff. de re iudic.* dicitur pupillum non eſſe contumacem, qui tutorem non habẽs, in iudicio non comparet. Atqui eſſe cõtumax, ſi tutorem habens pupillus in ius vocari poſſet.

3. Atq; huc pertinere videtur *l. 22. ff. de in ius vocand.* vbi aperte negatur impuberes in ius vocari poſſe.

Sunt tamen alii, qui contrarium teneant, ac ſtatuant, pupillos citari poſſe, etſi tutores non habuerint.

Cum enim nullibi in iure prohibeantur citari, dicendũ eſt illos citari poſſe, nec mouet ꝙ non habeant legitimam perſonam ſtandi in iudicio *tot. t. C. qui legitimam perſon.* Nam citatio regulariter non ita fieri ſolet, vt citatus ipſe in propria perſona compareat, ſed ei citato facultas datur cũ

Digitized by Google

tutore in iudicio comparere; nec enim ſi ſine tutore citari poſſunt pupilli, poſſunt quoq; ſine tutore comparere in iudicio, ſed ipſis citatis curator ad litem dandus eſt, qui eos in iudicio defendat *l. 1. & l. fin. Cod. de in litem dando tutore.* quod ſi nec tutores habeat, nec etiam curator idoneus pupillo inueniri poſſit, debēt proximi cognati vel adfines euocari ad defendendum pupillum *l. 5. §. 1. ff quib. ex cauſis in poſſ.*

Sic etiam non obſtat quod cōtumaces non ſint pupilli qui citati non comparuerint: hinc n. perperam infertur, quod rectè vocati nō fuerint: etenim ſi ſint ad iudicium citati, dandus illis eſt curator ad litem vt modo dictum fuit, ipſi à delicto & pœna contumaciæ excuſantur *d. l. 54.*

Ad tertium reſpond. *d. l. 22.* non abſolutè de impubere loqui, ſed de puella impubere; deinde accipiendum eſſe non de citatione verbali, ſed de citatione reali, qua quis, ſponte ſequi nolens, vi & obtorto collo ad iudicem trahitur.

Litera C. Etſi porrò tutores, vtpote adminiſtratores & quodammodo domini bonorum pupillarium *l. 21. §. 1. ſi tutor. ff. de noxal. act. l. 27. ff. de adminiſtr tut. l. 56. §. 4. ff. de furt.* nomine pupilli citari poſſint citatione verbali; realiter tamen citari minime poſſunt, quia ſatis durum & iniquum foret alium, propter alienum debitum, vel delictum iure apprehendi poſſe.

Quæ. 32 *An pupillus realiter citari poſſit?* Sed num ipſe pupillus realiter vocari poterit: negat quidem indiſtinctè hoc Treutlerus noſter, motus *l. 22. ff. de in ius vocando* vbi Gaius: nec impuberes puellas, quæ alieno iuri ſubiectæ eſſent, in ius vocare permiſſum eſt, & hanc ſententiam Gailius approbat.

Sed mihi tamen contrarium verū eſſe videtur; ſi modò impuberes proximi ſint pubertati, vt intelligant quid agant, vt in ipſos contumaciæ delictum vel fugæ ſuſpicio cadere poſsit *arg. §. in ſumma Inſt. de obligat quæ ex delict.*

Nec obeſt *d. l 22. ff. de in ius vocand.* nam illa nō generaliter prohibet vocari impuberes, ſed prohibet duntaxat impuberes puellas vocari; ſed nec eas generaliter vocari prohibet, ſed ita demum, ſi in poteſtate alterius fuerint conſtitutæ.

Tributum videlicet hoc eſt ſimul ætati & ſexui, atque tunc demum, ſi in poteſtate patris puellæ impuberes conſtitutæ ſint, quoniā hoc caſu pater eius conueniri poteſt filiæ nomine, nec vlla neceſſitas eſt in ius vocandi puellam, quæ patrē habet, in cuius poteſtate eſt.

Hinc ſcilicet colligitur, quod eam impuberē puellam, quæ in poteſtate patris non eſt, in ius vocare liceat, dummodo, vt dixi, proxima ſit pubertati: at quid enim aliâs requireretur, vt puella alieni iuri ſit ſubiecta, ſi idem in ea quoque obtineret, quæ ſui iuris eſſet.

Ait porrò autor citationem realem nec in MVLIERE locum habere. Quam ſententiam ſuam confirmari putat *l. 1. & authent. ſeq. C. de offic. diuerſ. iudic.* Nam ſic in *l. 1.* Conſtantinus Imperator: *Nemo iudex aliquem officialem ad eam domum, in qua materfamilias degit, cum aliquo præcepto exiſtimet eſſe mittendum, vt eandem in publicū protrahat; cum certū ſit debita eius, qua intra domum, conſiderato, ſexu ſemet contineat, domus eius vel cuiuscunque habita diſtinctione publicis neceſſitatibus poſſe ſeruari. Quod ſi quis in publicum matremfam. poſthac crediderit protrahendam, inter maximos reos, citra vllam indulgentiam, capitali pœna plectatur.* Quæ. 33. *An fœmina realiter citari poſſit?*

Et in *d. authent. Sed hodie.* in hæc verba ſcribit Iuſtinianus: *Sed hodie nouo iure pro fiſcalibus vel priuatis debitis nulla mulier debet includi, ſed ad iudicem veniet per ſe, vel per procuratorem ſuum: vel mittat vnum vel alterum, quatenus negotium legitimè exequantur. Si contra factum fuerit, maiores iudices viginti libris auri, minores decem puniantur. Obedientes autem eis cingulo ſpoliabuntur & pœnis ſubiacebunt corporalibus & in exilium damnabuntur.*

Ex hiſce textibus autor obtinere conatur quod

tur quod mulieres realiter amplius citari nequeant.

Sed,vt ingenuè fatear,quod res eſt,ſententia hæc authoris noſtri, nulla ratione ſuſtineri poteſt.

Nam quod & fœmina regulariter,tam verbaliter,quam realiter citari queat, argumento perſpicuo eſt, quod illa puella, quæ impubes eſt, atq; alieno iuri ſubijcitur, nominatim & expreſſè citari prohibetur in *d.l.22.* Quo ſatis ſignificatur eas, quæ puberes fuerint, quæq; in poteſtate parentum non extiterint, non prohiberi in ius realiter vocari. Cur n.hæc in ſpecie vocari prohiberetur, ſi idem generaliter in cæteris vniuerſis fœminis obtineret.

Quod vero iſta *l.22.* de reali citatione intelligi debeat,ipſe cenſet author noſter in præſenti loco, vbi per eam probare conatur,impuberes realiter citari non poſſe, & alias eſt communis Dd. ſententia, quod de reali citatione loquatur: nam ſi de verbali intelligenda eſſet,non facile ratio dari poſſet,cur puella impubes verbaliter citari non poſſet.

2. Confirmat eandem hanc ſententiam noſtram,quod in edicto de in ius vocando excipiantur mater & patrona, quas in ius,ſine venia vocare non licet, quæ exceptio regulam in contrarium eſſe arguit, atque oſtendit,matre & patrona exceptis, reliquas quaſcunq; fœminas iure liciteq; in ius vocari poſſe. Et edictum iſtud prætoris de reali quoq; citatione loqui, conſtans eſt interpretum ſententia.

3. Inſuper conſta: citationi reali regulariter eſſe locum in cauſis criminalib. maximè tunc,quando reus de fuga ſuſpectus eſt: in ciuilibus verò cauſis quando debitor, verbaliter vocatus, comparere non poteſt, & de fuga ſuſpectus eſt *l. conſentaneum. Cod. quomodo & quando:* atqui mulierem in cauſa criminali poſſe apprehendi & ad iudicem duci,nemo, niſi iuris imperitiſſimus omniq; experientia deſtitutus,negabit. Et ſi apprehendi non poſſet mulier atq; realiter ad iudicem citari,tum facineroſis impunitas daretur illiſq; elabendi occaſio ampliſſima præberetur.

In ciuilib.quoq; cauſis,ſi mulier,legitime citata,contumax exiſtat nec comparere velit, ſed iudicis autoritatem præfractè cõtemnat,quis dubitaret, quin hoc in caſu duci per lictores ad iudicem poſſet.

Non immerito itaque quis dubitaret, quid autori noſtro in mentem venerit, quod ita generaliter & indiſtinctè negarit,mulierem realiter citari & in ius vocari poſſe.

Nec multum ad rem facere videntur, quæ pro ſua ſtabilienda ſententia adduxit. Nam in *d. l. 1. C. de offic. diuerſ. iud.* prohibet Conſtantinus matremfamil. de domo ſua in publicum protrahi propter debitum ciuile, propter iſtam rationem, quod diſtractione domus ſatisfieri poſſit publicæ neceſſitati.

Loquitur itaque Conſtantinus,primò non de quavis muliere, ſed de matrefam. 2. Loquitur non de quauis matrefam.ſed quæ propriam habet domum. 3. Non prohibet ſimpliciter eam capi & ad iudicem duci, ſed prohibet eam ex propria domo extrahi in publicum. 4. Et deniq; prohibet mulierem propter debitum citari realiter & ex propriis ædibus in publicum extrahi.

Quocirca iſta Conſtantini conſtitutio non prohibet aliam mulierem, quæ materfam.non eſt,realiter citari; non prohibet etiam matremfam.aliunde citari, nec prohibet ex cauſa criminali eam citari realiter,apprehendi & ad iudicem trahi.

Non obſtat *dict. autheut. ſed hodie*, quia non loquitur de citatione reali, ſed de incarceratione, & loquitur de incarceratione non propter delictum à muliere admiſſum, ſed de incarceratione propter debitum ciuile.

Non igitur prohibet,quo minus mulier poſſit ex cauſa criminali citari realiter: nam realis citatio in ciuilibus cauſis regulariter

lariter locum non habet, niſi citatus contumax ſit, & de fuga ſit ſuſpectus.

Concludendum proinde ex his videtur ꝙ mulier nō prohibeatur ſimpliciter realiter citari, ſed æque atque maſculis citari poſſit.

Quæ.34 *An quis ex tēplo poſſit realiter citari?*

Realiter præterea nemo citari poteſt ex templo, in quod ſalutis ſuæ cauſa confugit. Cauerunt hoc expreſſa conſtitutione Diui Impp. Honorius & Theod. in *l.2. C.de his qui ad Eccleſ. Fideli devotaq; præceptione ſancimus, nemini licere ad ſacroſanctas Eccleſias confugientes abducere, ſub hac videlicet defiuitione, vt ſi quiſquā contra hanc legem venire tentauerit, ſciat ſe maieſtatis crimine eſſe retinendū. Quod de his ſine dubio verum eſt, qui propter æs alienum ad ædes ſacras confugiunt.* Quod ſi propter delictum cōmiſſum quis ad eccleſiam confugerit, diſtinguendum eſt inter delictū atrox & delictum leve, ſic, vt qui delictum leve cōmiſit, è templo extrahi & realiter citari non debeat: qui vero graue aliquod ſcelus, & facinus atrox perpetrarit, e templo quoque extrahi, & ad ſupplicium abripi queat.

Quæ ſententia & diſtinctio nititur primo iure diuino: ſic enim *Exod.21.v.14 ab altari meo tolles* (homicidam) *inquit Dominus, quò moriatur.* Cōfirmatur deinceps quoq; canone pontificio: Sic enim Innocentius III. Pontifex in *cap ſext. de immunit. Eccleſ. Tuis quæſtionibus reſpondentes iuxta ſacrorum ſtatuta canonum & traditiones legum ciuilium ita diximus diſtinguendum, quod fugiens ad Eccleſiam aut liber, aut ſervus exiſtit. Si liber quātumcunq; grauia maleficia perpetrauit, non eſt violenter ab Eccleſia extrahendus, nec inde damnari debet ad mortem, vel ad pœnam, ſed rectores Eccleſiarum ſibi obtinere debent, membra & vitam, ſuper hoc tamen quod iniquè fecit eſt alias legitime puniendus. Et hoc verum eſt niſi publicus latro fuerit, vel nocturnus populator agrorum, qui dum itinera frequentat, vel publicas ſtratas obſidet aggreſſionis inſidiis ab Eccleſia extrahi poteſt, impunitate non præſtita, ſecundum canonicas ſanctiones, &c.*

Hinc ſuperior Honorii & Theodoſii conſtitutio intelligi debet de delicto minori, non etiam de grauiori maleficio.

Et ne immunitas Eccleſiæ vel ad impunitatem malitiæ, vel oppreſſionem innocentiæ detorqueatur, Iuſtinianus nouiſſimè conſtituit, vt è templis quoque facinoroſi extrahi poſſint, in *Nouell 17. cap. 7.* dum illic ita ſcribit: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum cuſtodies cautelam, ſed etiam inde extrahes & ſupplicium eis inferes: non enim talia delinquentibus parcere, ſed hoc patientibus, vt non talia à præſumptoribus patiantur. Deinde templorum cautela non nocentibus, ſed læſis datur à lege, & non erit poſſibile vtrumque tueri cautela ſacrorum locorum & lædentem & læſum.*

Quæ verba conſtitutionis etſi generalia videantur, & cuiuis facineroſo immunitatem iſtam Eccleſiæ denegare videantur; tamen iuxta ſuperiorem diſtinctionem accipi debent.

Nec obſtat quod ſi ex æde ſacra non poſſint debitores obærati, & homines facineroſi extrahi, creditores ſuis defraudentur creditis, & facinora impunita relinquantur maximo cum Reipublicæ detrimento.

Reſp. Nam qui ſeſe in templum receperunt, vel obærati, vel facineroſi, etſi exinde non poſſint extrahi, tamen non propterea ſuo credito defraudantur & facinora impunita manent: cum teneantur cautionem iudicio ſiſti præſtare, & niſi eam præſtiterint, contra eos proceditur per immiſſionem bonorum *l. vltim. C. de his qui ad Eccleſ.* Quod ſi bona non ſufficiant, ſaltem ad hoc extrahi poſſe videntur, vt bonis creditoris, ordine iuris, cedant *l. vlt. C. qui bonis cedere.*

Quæ.35. *An miles poſſit realiter citari?*

Realiter inſuper citari non poſſe MILITEM, qui in expeditione verſatur, ſtatuit author noſter: ſed hoc priuilegium militi eſſe datum, nulla lege, nulla etiam Imperatoris conſtitutione probatur.

Quin-

Quin & praxis contrarium edocet; ſanè ſi cauſa non fuerit criminalis, ſed ciuilis, aut leue aliquod delictum ab eo commiſſum ſit, facilè largior citari militem realiter non poſſe, quandiu in expeditione verſatur, ne à militia, Reipublicæ admodum neceſſaria, milites auocentur; cum & alias maior ratio haberi debeat vtilitatis publicæ, quam vtilitatis priuatæ.

Quæ. 36 *An minores poſſint realiter citari?*

Minorem itidem realiter citari non poſſe aſſerit autor noſter, ſed non probat, ideo qua facilitate aſſeritur eadem reiicitur: & ratio penitus nulla eſt, quæ prohibeat minorem 25. annis realiter citari, modo proximus ſit pubertati & delinquere poſſit: nam cũ hac ætate delinquere poſſit & pœnæ quoq; ſubiici valeat, cur non comprehendi & ad iudicem pertrahi poſſet, ne delicta impunita maneant?

Quæ. 37 *An legũ Doctores & Academiarum Profeſſores citari valeant?*

Ad legum Doctores & Academiarum Profeſſores vnâ cum vxoribus & liberis hoc gaudent priuilegio, vt ad iudicium duci & exhiberi non poſſint *l. 6. C. de Profeſſoribus & Medicis.*

Poetis vero hæc immunitas non tribuitur *l. 3. C. eod. tit.* vbi Philippus Imp. *Poetæ nulla immunitatis prærogatiua iuvantur.* Quod tamen ita accipiendum, niſi Profeſſores ſint in Academiis *d. l. 6. in verb. Et profeſſores alios literarum,* ſub quib. dubio procul etiã profeſſores poeſeos comprehenduntur. Hoc proinde differunt Doctores legũ & poetæ: quod illi in ius vocari non poſſint, etſi iuris profeſſione in academia non fungantur: hi vero ſic demum vocari & in ius duci prohibeantur, ſi profeſſores fuerint. Hanc v. immunitatem non ideo poetis denegari ait autor noſter, quod ea non ſint digni nec illam promereãtur, ſed quia lex, quæ priuilegium iſtiusmodi illis tribuerit, deficiat.

Cęterum quod dictum eſt de iuris Doctoribus & Profeſſoribus realiter non citandis, procul dubio eo caſu fallit, quo citati verbaliter comparere nolunt, & de fuga ſuſpecti ſunt.

Liter.

Citari verbaliter poſſunt illi, qui in vinculis ſunt: nec ſine effectu talis eſt citatio: nam licet ipſi, vtpote in cuſtodia detenti, nequeant in propria perſona comparere; procuratorem tamen, per quem defendantur, mittere poſſunt.

Et ꝙ citatio eius, qui alibi ſua ex cauſa detinetur incarceratus, fieri poſſit, ſtatuit Mynſ. *2. obſer. 69.* quam ſententiam in Camera receptam & præiudicio confirmatam eſſe, ibidem teſtatur.

Quod ſi miſerit procuratorem ſeu defenſorem, proceſſus non eſt inutilis, neq; ſententia contra ipſum lata infirmatur; id quod in *l. 23. princ. ff. ex quib. cauſ. maior.* dicitur ibi Iuriſconſultus, *ſed & is, qui in vinculis eſt, ſi defendatur, ceſſat reſtitutio.*

Quod ſi nullum miſerit procuratorẽ, ſententia aduerſus ipſum lata non quidem ipſo iure eſt nulla, ſed tamen in integrum reſtitutione reſcinditur *d. l. 13.* idq; fieri æquiſſimum eſt: neque enim ſemper idoneum inuenire poſſumus procuratorem, cui cauſam noſtram committamus *l. 26. §. 9. ff. ex quibus cauſ.* & pluribus hac de re dicetur infra in *diſput. XI. de in integrum reſtit.* vbi vide.

RESOLVTIO THESIS OCTAVÆ.

Litera A.

Citatio in omnibus cauſis, cognitionem requirentibus, fieri debet, nec omitti poteſt, ſed omiſſa vitiat proceſſum, idque ideo, quia eſt principium & fundamentum iudicii; id quod perſpicuè aſſerit Imperator in *§. vlt. Inſt. de pœna tem. litigant.* vbi ait, *omnium actionũ inſtituendarum principum ab ea parte edicti proficiſci quæ prætor edicit de in ius vocand. Vtiq; enim in primis aduerſarius in ius vocandus eſt, id eſt, ad eum vocandus qui ius dicturus eſt.*

Quæ. 38 *An princeps ex plenitudine poteſtatis poſſit citationẽ omittere.*

Atq; hoc in tantũ verũ eſt, vt ne quidẽ princeps Romanus ex plenitudine poteſtatis eam omittere aut impedire poſſit.

Quia citatio, cum ad eum finem fiat, vt

Digitized by Google

lariter locum non habet, niſi citatus contumax ſit,& de fuga ſit ſuſpectus.

Concludendum proinde ex his videtur ꝙ mulier nõ prohibeatur ſimpliciter realiter citari, ſed æque atque maſculis citari poſſit.

Quæ.34 *An quis ex tẽplo poſsit realiter citari?*

Realiter præterea nemo citari poteſt ex templo, in quod ſalutis ſuæ cauſa confugit. Cauerunt hoc expreſſa conſtitutione Diui Impp. Honorius & Theod. in *l.2. C.de his qui ad Eccleſ. Fideli devotaq; preceptione ſancimus, nemini licere ad ſacroſanctas Eccleſias confugientes abducere, ſub hac videlicet definitione, vt ſi quiſquã contra hanc legem venire tentauerit, ſciat ſe maieſtatis crimine eſſe retinendũ. Quod de his ſine dubio verum eſt, qui propter æs alienum ad ædes ſacras confugiunt.* Quod ſi propter delictum cõmiſſum quis ad eccleſiam confugerit, diſtinguendum eſt inter delictũ atrox & delictum leve, ſic, vt qui delictum leve cõmiſit, è templo extrahi & realiter citari non debeat: qui vero graue aliquod ſcelus, & facinus atrox perpetrarit, e templo quoque extrahi, & ad ſupplicium abripi queat.

Quæ ſententia & diſtinctio nititur primo iure diuino: ſic enim *Exod.21.v.14 ab altari meo tolles* (homicidam) *inquit Dominus, quò moriatur.* Cõfirmatur deinceps quoq; canone pontificio: Sic enim Innocentius III. Pontifex in *cap ſext. de immunit. Eccleſ. Tuis quæſtionibus reſpondentes iuxta ſacrorum ſtatuta canonum & traditiones legum ciuilium ita diximus diſtinguendum, quod fugiens ad Eccleſiam aut liber, aut ſervus exiſtit. Si liber quãtumcunq; grauia maleficia perpetrauit, non eſt violenter ab Eccleſia extrahendus, nec inde damnari debet ad mortem, vel ad pœnam, ſed rectores Eccleſiarum ſibi obtinere debent, membra & vitam, ſuper hoc tamen quod iniquè fecit eſt alias legitime puniendus. Et hoc verum eſt niſi publicus latro fuerit, vel nocturnus populator agrorum, qui dum itinera frequentat, vel publicas ſtratas obſidet aggreſſionis inſidiis ab Eccleſia extrahi poteſt, impunitate non præſtita, ſecundum canonicas ſanctiones, &c.*

Hinc ſuperior Honorii & Theodoſii conſtitutio intelligi debet de delicto minori, non etiam de grauiori maleficio.

Et ne immunitas Eccleſiæ vel ad impunitatem malitiæ, vel oppreſſionem innocentiæ detorqueatur, Iuſtinianus nouiſſimè conſtituit, vt è templis quoque facineroſi extrahi poſſint, in *Nouell 17. cap. 7.* dum illic ita ſcribit: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum cuſtodies cautelam, ſed etiam inde extrahes & ſupplicium eis inferes: non enim talia delinquentibus parcere, ſed hoc patientibus, vt non talia à præſumptoribus patiantur. Deinde templorum cautela non nocentibus, ſed læſis datur à lege. & non erit poſſibile vtrumque tueri cautela ſacrorum locorum & lædentem & læſum.*

Quæ verba conſtitutionis etſi generalia videantur, & cuiuis facineroſo immunitatem iſtam Eccleſiæ denegare videantur; tamen iuxta ſuperiorem diſtinctionem accipi debent.

Nec obſtat quod ſi ex æde ſacra non poſſint debitores obærati, & homines facineroſi extrahi, creditores ſuis defraudentur creditis, & facinora impunita relinquantur maximo cum Reipublicæ detrimento.

Reſp. Nam qui ſeſe in templum receperunt, vel obærati, vel facineroſi, etſi exinde non poſſint extrahi, tamen non propterea ſuo credito defraudantur & facinora impunita manent: cum teneantur cautionem iudicio ſiſti præſtare, & niſi eam præſtiterint, contra eos proceditur per immiſſionem bonorum *l.vltim. C. de his qui ad Eccleſ.* Quod ſi bona non ſufficiant, ſaltem ad hoc extrahi poſſe videntur, vt bonis creditoris, ordine iuris, cedant *l.vlt. C. qui bonis cedere.*

Realiter inſuper citari non poſſe MILITEM, qui in expeditione verſatur, ſtatuit author noſter: ſed hoc priuilegium militi eſſe datum, nulla lege, nulla etiam Imperatoris conſtitutione probatur. Quæ.35. *An miles poſsit realiter citari?*

Quin-

Digitized by Google

Quin & praxis contrarium edocet; ſanè ſi cauſa non fuerit criminalis, ſed ciuilis, aut leue aliquod delictum ab eo commiſſum ſit, facilè largior citari militem realiter non poſſe, quandiu in expeditione verſatur, ne à militia, Reipublicæ admodum neceſſaria, milites auocentur; cum & alias maior ratio haberi debeat vtilitatis publicæ, quam vtilitatis priuatæ.

Quæ. 36 *An minores poſſint realiter citari?*

Minorem itidem realiter citari non poſſe aſſerit autor noſter, ſed non probat, ideo qua facilitate aſſeritur eadem reiicitur: & ratio penitꝰ nulla eſt, quæ prohibeat minorem 25. annis realiter citari, modo proximus ſit pubertati & delinquere poſſit: nam cũ hac ætate delinquere poſſit & pœnæ quoq; ſubiici valeat, cur non comprehendi & ad iudicem pertrahi poſſet, ne delicta impunita maneant?

Quæ. 37 *An legũ Doctores & Academiarum Profeſſores citari valeant?*

Ad legum Doctores & Academiarum Profeſſores vnà cum vxoribus & liberis hoc gaudent priuilegio, vt ad iudicium duci & exhiberi non poſſint *l. 6. C. de Profeſſoribus & Medicis.*

Poetis vero hæc immunitas non tribuitur *l. 3. C. eod. tit.* vbi Philippus Imp. *Poetæ nulla immunitatis prærogatiua iuvantur.* Quod tamen ita accipiendum, niſi Profeſſores ſint in Academiis *d. l. 6. in verb. Et profeſſores alios literarum,* ſub quib. dubio procul etiã profeſſores poeſeos comprehenduntur. Hoc proinde differunt Doctores legũ & poetæ: quod illi in ius vocari non poſſint, etſi iuris profeſſione in academia non fungantur: hi vero ſic demum vocari & in ius duci prohibeantur, ſi profeſſores fuerint. Hanc v. immunitatem non ideo poetis denegari ait autor noſter, quod ea non ſint digni nec illam promereãtur, ſed quia lex, quæ priuilegium iſtiusmodi illis tribuerit, deficiat.

Ceterum quod dictum eſt de iuris Doctoribus & Profeſſoribus realiter non citandis, procul dubio eo caſu fallit, quo citati verbaliter comparere nolunt, & de fuga ſuſpecti ſunt.

Liter

Citari verbaliter poſſunt illi, qui in vinculis ſunt: nec ſine effectu talis eſt citatio: nam licet ipſi, vtpote in cuſtodia detenti, nequeant in propria perſona comparere; procuratorem tamen, per quem defendantur, mittere poſſunt.

Et quod citatio eius, qui alibi ſua ex cauſa detinetur incarceratus, fieri poſſit, ſtatuit Mynſ. *2. obſer. 69.* quam ſententiam in Camera receptam & præiudicio confirmatam eſſe, ibidem teſtatur.

Quod ſi miſerit procuratorem ſeu defenſorem, proceſſus non eſt inutilis, neq; ſententia contra ipſum lata infirmatur; id quod in *l. 23. princ. ff. ex quib. cauſ. maior.* dicitur ibi Iuriſconſultus, *ſed & is, qui in vinculis eſt, ſi defendatur, ceſſat reſtitutio.*

Quod ſi nullum miſerit procuratorẽ, ſententia aduerſus ipſum lata non quidem ipſo iure eſt nulla, ſed tamen in integrum reſtitutione reſcinditur *d. l. 13.* idq; fieri æquiſſimum eſt: neque enim ſemper idoneum inuenire poſſumus procuratorem, cui cauſam noſtram committamus *l. 26. §. 9. ff. ex quibus cauſ.* & pluribus hac de re dicetur infra in *diſput. XI. de in integrum reſtit.* vbi vide.

RESOLVTIO THESIS OCTAVÆ.

Litera A.

Citatio in omnibus cauſis, cognitionem requirentibus, fieri debet, nec omitti poteſt, ſed omiſſa vitiat proceſſum, idque ideo, quia eſt principium & fundamentum iudicii; id quod perſpicuè aſſerit Imperator in *§. vlt. Inſt. de pœna tem. litigant.* vbi ait, *omnium actionũ inſtituendarum principum ab ea parte edicti proficiſci qua prætor edicit de in ius vocand. Vtiq; enim in primis aduerſarius in ius vocandus eſt, id eſt, ad eum vocandus qui ius dicturus eſt.*

Quæ. 38 *An princeps ex plenitudine poteſtatis poſſit citationẽ omittere.*

Atq; hoc in tantũ verũ eſt, vt ne quidẽ princeps Romanus ex plenitudine poteſtatis eam omittere aut impedire poſſit.

Quia citatio, cum ad eum finem fiat, vt

pars citata ſe defendere queat, nec indicta cauſa damnetur; defenſio autem iuris ſit naturæ *l.3.ff.de iuſt.& iur.* ideo princeps, qui ea, quæ iure naturali alicui competunt, auferre ne quidem ex plenitudine poteſtatis valet, nunquam efficere poteſt, vt, parte non citata, cognoſcatur de cauſa & ſententia feratur.

Accedit quod citatio ad ius partis ſpectet; Princeps autem nec poſſit, nec velit ſuum auferre, *l.2.C.pro quib cauſ. ſerui pro præm §.fin l.de his qui ſui vel alieni iur.* & dixi de hoc prolixe in diſputatione *1. theſ. 5. lit.H.*

Nec repugnat huic quod in *l.item ſi verberatum.ff. de Rei vindicat.* & *l Lucius ff. de evictionib.* Princeps quibuſdam accolis & inhabitatorib. circa Rhenũ abſtulit agros, nemine citato, quos dedit militibus ſuis. Reſp. Nam qui verus ſit illorum textuum ſenſus dixi ſupra in *d.diſp.1.theſi 5.Lit.H.*

Fallit hoc, quod nunc de principe diximus, eo caſu, quo notoria & manifeſta eſt partis iniuſtitia, ſic, vt conſtet, nullam ei competere defenſionem. Nam tunc finis citationis penitus deficit, quem diximus in eo conſiſtere, vt citatus ad iudicium inſtructus accedere poſſit, ſeque defendere, ne inique condemnetur V.dalricus Zaſius ad *l.47.ff. de re iudicata.* atque exemplum huius elegans extat in *cap. cum olim.circa medium.extr.de re iudicata.* Vbi Papa abſenti & non citato abſtulit Archidiaconatum, quia erat notoria ſurreptio commiſſa.

Fallit præterea & eo caſu, quo Princeps verba decreti ſui vult declarare: nam hoc facere poteſt parte altera etiam non citata.

Non vero omitti poteſt citatio cũ periculũ in mora eſt, quia nec eo caſu defẽſio cuiquam adimenda eſt: ad defenſionem vero citati, dictũ eſt, pertinere citationẽ, etſi Mynſing. & Maranta contrarium ſine ratione tamen & textu, adſtruant.

Sed nec in ſummariis cauſis omitti poteſt, vt quæ & ipſæ cognitionem quãtumvis ſummariam deſiderent: dictum vero eſt quod vbicunq; cauſæ cognitio deſideratur, ibi etiam citatio ſit neceſſaria, nec omitti poſſit, vt proceſſus non vitietur.

In iis ſane, in quibus nulla opus eſt cognitione cauſæ, citationem neceſſariam non eſſe, conſtans eſt omnium ſententia: ſiquidem regula eſt, quam & ſupra prolixius declarauimus, quod nemo citari vel vocari debeat ad illum actum, qui, ipſo inuito & contradicente, explicari poteſt *arg.l.6 pr.ff.ad SC.Trebell.* in qua Vlpianus ſignificat, fruſtra deſiderari illorum conſenſum & voluntatem, quibus inuitis negotium aliquod expediri poteſt. Idemque haut obſcure colligitur ex *l.28.§.1.ff. de fideic.libert.* Nec ratio huius obſcura eſſe poteſt: nam deficit hic finis citationis præcipuus, qui eſt, vt ad ſe defendendum inſtructus accedat reus; vbi igitur, parte non auditâ, proceditur abſque vlla cauſæ cognitione, ſuperuacue ac fruſtra requiritur citatio.

Denique Autor noſter citationem nõ eſſe neceſſariam ait, ad eos actus, qui extra iudiciales ſunt & citationem iudicialem præcedunt; idq; clari iuris eſſe aſſerit Schraderus in *tract.feud.p.10.ſect.1.9.n.198.*

His caſibus exceptis neceſſaria eſt citatio in omnibus cauſis, nec in ſingulis duntaxat cauſis, verum etiam in ſingulis cauſarum actibus, partibus & terminis, vbi alicuius præiudicium vertitur, vel de eius intereſſe agitur *cap.1. de cauſ.poſſ.cap. Cum eccleſia.de conſtit.cap.inter. de maior. & obed.* Rosbach.*tit 22.proceſſ. iudic. ciuil.* Lit B.

Quocirca ad ſingulos actus iudiciarios debet fieri citatio eius, de cuius præiudicio principaliter agitur *d.l.47.ff.de re iudicat. l. nam ita diuus Pius.ff.de adopt.* Quod tamen vulgo ſic demum procedere volunt interpp. ſi citatio non fiat ad locum longinquum, ſeu longe diſſitum: alias enim exiſtimant vnam generalem ſufficere Qu.39. *An ſufficiat citatio vna generalis?*

ficere citationem ad totam cauſam, cum alias de iure ciuili huiuſmodi generalis citatio non valeat. Imola in *l. quia ante Calendas ff. de verb. obligat.* Gail. in *d. obſeru. 51. lib. 1.* & Rosbach *d. loco.*

Cæterum diſtinctionem iſtam inter citationem ad locum vicinum ſeu propinquum & inter locum remotum ait Gailius in Camera non obſeruari, ſed citationem regulariter generalem ad totam cauſam admitti.

Et quanquam autor noſter de iure etiam ciuili vnam citationem ad totam cauſam factam ſufficere velit; id tamen adducti & allegati textus non probant & proceſſus quoque iudicarius ſatis hoc refellit, vt pluribus ad id refutandum rationibus opus non ſit.

In iudicio *legis diffamari. Codic. de ingen. manum.* vnam citationem generalem non ſufficere, ſed vlteriorem quoque deſiderari, conuenit inter interpp. eamque, tanquam æquiorem, ait Mynſing. receptam eſſe & approbatam in Camera Imperiali: idque ideo, quia in *d. l. diffamari.* iudicio agatur de priuatione iuris ſui & ſic de pleno ac magno præiudicio, vt videlicet quis excludatur ab agendo vel accuſando, & citato non comparenti perpetuum, per iudicem, importatur ſilentium, diffamatuſque, vt reus ab obſeruatione iudicii in poſterum penitus abſoluatur, ideo ſecundaria citatione opus eſſe.

Litera C. Edictalis citatio dicitur qua iudex reum ex remotis & longe diſſitis locis per proclama publicum, foribus rei, vel curiarum valvis affixum, ad iudicium vocat Rosbach in *prax. ciuil. tit. 27. nu. 1.*

Huic citationi tunc eſt locus, quando alii citationi locus eſſe non poteſt: & in caſibus neceſſitatis, quando videlicet alio modo quis citari non poteſt: tum quia alias reus per iudicem iſta edictali citatione grauaretur: tum etiam quia citatio edictalis exorbitans eſt à iure communi, ideo vltra ſpeciales caſus non eſt extendenda *clem. 1. de iudic.* ſed ſtrictè & in ſuis terminis accipienda. Gail. *1. obſeru. 57.*

Caſus autem ſingulares, quibus edictalis citatio fieri poteſt, hos ſequentes recenſet Gailius. 1. Si quis vel per ſe, vel per alios efficiat quoquo modo, ne citatio ad ſe peruenire poſſit *dict. clem. 7. de iudic.* Deinde quando locus, vbi quis citari debet, non eſt tutus, nec tuto adiri poteſt. Tertiò ſi perſona citanda ſit vagabunda, non habens certum domicilium, ita vt actor vel magiſtratus ignoret, vbi perſonaliter citari debeat. Quarto ſi contradictor ſit incertus, & citentur omnes in genere quorum intereſt *capit. fin. de elect. in ſext.* Quinto cum citandi ſunt creditores defuncti ad videndum fieri inuentarium *l. ſancimus. Cod. de iure deliber.* Sexto in materia diffamationis poſſunt citari per edicta omnes, qui ſua intereſſe putauerint.

Hanc porro citationem facere poteſt nemo niſi ordinarius iudex, nam iudex delegatus regulariter per edicta citare non poteſt. Vide Gailium *dicto loco.* Fit autem citatio huiuſmodi plerumque peremptoriè tribus edictis propoſitis, vel vno pro tribus *l. 53. §. 1. Digeſt. de re iudic.* vbi Hermogenianus ait: *Contumax eſt, qui tribus edictis propoſitis vel vno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, literis euocatus præſentiam ſui facere contemnet.*

Et Vlpianus in *l. nonnunquam 72. ff. de iudic. Nonnunquam,* ait, *hoc edictum poſt tot numero edicta, quæ præceſſerint, datur; nonnunquam poſt vnum vel alterum, nonnunquam ſtatim, quod appellatur vnum pro omnibus.* Idemque probat *capit. de illicita cauſa 24. quæſt. 3. in verb. quicunque tribus auctoritatibus iudicis conuentus, vel tribus edictis ad iudicem fuerit prouocatus, aut vno pro omnibus peremptorio, id eſt, quod cauſam extinguit, fuerit euocatus, &c.* Quin etiam pro tribunali iudex ſedens ſi decernit, vna citatio ſufficit. Ex quo author noſter concludit, quod Principis citatio vim

Digitized by Google

peremptorii habeat; idq; contradictorio iudicio ſe obſeruatum vidiſſe ait.

Sed hoc procul dubio intelligi debet de monitione & citatione iudiciali, qua quis à iudice, adhuc ſedente pro tribunali, monetur, vt ſe ſiſtat iudicio, vt ſi iudex dicat parti, cras vel perendie ſum iterum iudicaturus, ad eum diem maturè hic compareas.

Nam licet nullum peremptorium edictum amplius fiat, tamen vnica iſta iudicialis admonitio facta à iudice, pro tribunali ſedente, vim haberet & effectum peremptoriæ citationis; ita vt ſi citatus non compareret, haberetur pro vero & expreſſe contumace. Atque hoc etiam confirmat Gordianus Imperator in *l. 2. Codic quomodo & quando*, ita ſcribens: Ceſſante quoque cauſa peremptorii edicti, aduerſus eos, qui admoniti iudicio adeſſe noluerunt, ſententiam à iudice poſſe proferri certum eſt. Quod Sichardus alibi ait expreſſum in iure non reperiri, quod vnica iudicialis admonitio habeat vim peremptoriæ citationis, ita vt ſi monitus non appareret, tanquam vere contumax poſſet condemnari, & ita quidem condemnari, vt ne reuerſus quidem ille contumax poſſet deinde appellare.

Aliud ſane dicendũ ſi iudex per apparitorem aliquem abſentẽ citaret: talis quippe citatio vim & effectum peremptoriæ citationis non habet.

Qu. 40. *Quando nõ ſit locum perem proria citationi?* Verum ſunt caſus quibus edicta debent eſſe diſtincta, nec vnum ſufficit pro omnibus, ſi videlicet de cauſis agatur arduis, tendentib. ad priuationem alicuius vel officii, vel beneficii. Tunc enim non ſufficit vnum edictum pro tribus, ſed tres diſtinctæ denunciationes emitti debent Zaſius ad *l. 53. num. 20. Digeſt. de re iudicata.*

In Camera Imperiali citationum tempora arbitraria eſſe teſtatur Gailius *1. obſer. 91. num. 13.* In curiis Saxonicis tres quaterdenæ aſſignantur reo ad audiendum & videndũ, quo pacto aduerſus ipſum procedatur, & ad proponendum ſi quis ſe putet habere exceptiones, ad quem effectũ copia libelli vna cum citatione tranſmittitur: idque non tantum in edictali, ſed & in illa citatione, quæ ad domum rei mittitur vſu ſeruari ſcribit author noſter, idemque teſtantur iura & Doctores hic allegati ab authore: atque hoc difficultatem non habet, ſed certum & expeditum eſt.

Illud arbitrio iudicis relinqui, verius eſt, quandiu affixa debeat eſſe citatio edictalis, cum nullibi hoc in iure noſtro definitum & expreſſum reperiatur *l. 1. ff. de iure deliber.* Menoch. *2. arbitr. caſu 463.*

RESOLVTIO THESIS NONÆ.

Effectus citationis hic eſt, quod ea delegati iuriſdictionem perpetuet, faciatque vt quæ aliàs euaneſceret & expiraret morte mandantis, ea perpetuetur nec morte eius extinguatur. *Litera A. Quæ. 41 An per ſolam litis conteſtationẽ perpetuetur iuriſdict. delegata?*

Probatur hæc ſententia primò per textum dilucidum in *capit. 20. de offic. deleg.* In quo diſerte ſancitur, quod per citationem dicatur quaſi cœptum negotium, nec res amplius ſit integra. Atqui tunc demum mandantis & delegantis morte extinguitur ac ſoluitur mandata iuriſdictio, quando deceſſit mandans antequam res à mandatario geri cœperit *l. 5. ff. de iuriſdiction.*

Et quod continuetur iuriſdictio delegata per citationem à delegato omiſſam, probat & iſthæc ratio, quod citatio ſit inceptio cauſæ iudicialis & iudicii, *§. fin. Inſtit. de pœn. temere litigantium.* Ideo tunc dicetur cœpta eſſe iuriſdictio, quando citatio eſt emiſſa. Quapropter ſi, iuriſdictione demandata, delegatus citarit, etſi mandans moriatur, non tamen iuriſdictio reuocatur.

Nec obſtat huic *cap. Relatum. 19. ext. eod. tit. de*

tit. de offic. iud. delegat. cuius hæc ſunt verba. *Nos itaque conſultationi tuæ reſpondemus quod ſi lis fuerit ante præ N. obligatũ conteſtata mandatum morte mandatoris nullatenus expirauit, ſi vero ante litis conteſtationem deceſſit, non eſt à iudicibus, quos delegauerat, ex delegatione huiuſmodi procedendum*, quo textu motus Azo, Iuriſconſultus ſui temporis nobiliſſimus, ſtatuit, non prius fundatam ac perpetuatam eſſe iuriſdictionem delegati, niſi lis fuerit conteſtata; adeoque ſi, citatione facta, ante litem conteſtatam deceſſerit delegans, iuriſdictionem delegatam extinctam & finitam eſſe.

Sed recte Zaſius hoc *capit. 19.* per ſubſequẽs *20.* quod paulo ſupra allegauimus, eſſe correctum ait: verba Zaſii huc adſcribere libet: *Tum*, ait, *dicitur cœptum eſſe iudicium, cum eſt emiſſa citatio tot. tit. Digeſt. de in ius vocand. Et ne diu laboremus, habetis cap. gratum 20. de offic. delegati, vbi hoc expreſſe deciditur per Vrbanum Tertiũ quod per citationem dicatur, quaſi cœptum negotium & tunc res non dicatur amplius integra, & per hoc capit. gratum erat emunctum Azoni, cum eſſet aduocatus in cauſa delegata & aſſeueranter teneret per ſolam litis conteſtationem perpetuari iuriſdictionem delegatam, allegando magno boatu capit. Relatum, alter advocatus dicebat, Domine Azo aperite oculos, reſpicite proxime ſequens poſt cap. relatum, ſcilicet capit. gratum. & aliud defendetis: & ita Azo confuſus tacuit: & propterea inoleuit prouerbium: relatum & gratum fecerunt Azonem ſuperatum.* Et hodie communiter tenetur, ait Iaſon, quod *cap. relatum*, corrigitur per *capit. Gratum*, tanquam per ius poſterius.

Lit. B. Citantis magiſtratus iuriſdictio variis actionibus defenditur ex quibus prima popularis eſt 500. aureorum *leg 7. Digeſt. de Iuriſdict.* Ita enim prætor edicebat: ***Si quis id, quod Iuriſdictionis perpetuæ cauſa non quod prout res incidit in albo vel in charta, vel in alia materia propoſitum erit, dolo malo corruperit, datur in eum 500. aureorum iudicium, quod populare eſt.***

Sed cui hæc applicetur pœna, non conuenit inter Interpp. plerique enim, quos ſequitur Weſenbec. *in pandect. de Iuriſdict. num. 13.* Cuiac. *lib. 10. obſeru. 10.* Vulteius *in §. pœn. 12. Inſtit. de actionib.* Et hic Autor noſter, pœnam popularis actionis diuidendam cenſent inter actorem & fiſcum. Qu. 42. *Cui applicetur pœna actionis popularis?*

1. Quia cum in actione populari publicum intereſſe verſetur, æquum ſit & naturæ huius actionis conſentaneum, pœnam inferri fiſco: vt vero pars illius agenti applicetur, æquum quoque videatur & conſultum, quo ſcilicet homines reddantur eo promptiores ad deferendum & accuſandum eos, qui quid agunt, quo diſciplina & ſocietas publica conuellatur, ne ſcelera maneant impunita, quæ puniri publice intereſt *d. l. ita vulneratus. Digeſt. ad l. Aquil.* Deinde quia hoc diſertis verbis Gaius exprimere videtur *in l. 25. Digeſt. ad Syllanianum*, vbi in hæc verba ſcribit: ***palam eſt autem popularem actionem eſſe*** (***quæ ſcilicet ex SC. deſcendit***) ***cuius pœna in centum aureos ex bonis damnati extenditur; & inde partem dimidiam ei, cuius opera conuictus fuerit, præmij nomine ſe daturum prætor pollicetur, partem in publicum redacturum.***

Sed hæc opinio, quantumuis prima fronte admodum ſpecioſa, refellitur iiſdem plane fundamentis, quibus infra ſolidiſſime demonſtrabitur, popularis actionis pœnam parti agenti in ſolidum cedere.

Non ſunt magni momenti huius opinionis fundamenta: non primum: tum quod intereſſe publicum, quod in actione populari verſatur, pecuniarium non eſt, ſed ſolum conſiſtit in ſecuritate publica & ſalute Reipubl. quæ requirit, vt delicta, maxime illa, quæ directo & principaliter aduerſus Rempubl. committuntur, puniantur; id quod Reſpubl. conſe-

 quitur,

quitur, etiamſi pœna integra parti agenti applicetur. Tum etiam quod effectus & exactio popularis actionis per litis conteſtationem in priuatam agentis vtilitatem pro onere ac periculo litis, quod ipſe ſubire cogitur, tranſeat. Sic etiam non admodum repugnat *l 25. ff. ad Syllan.* Siquidem quod illic dicitur, pœnam, populari actione exactam, inter actorem & fiſcum diuidendam, id generale non eſt; ſed ſingulare ac ſpeciale in ea populari actione, quæ ex SCto Syllan. deſcendit Goedd. d. loc. Et in illis duntaxat caſibus obtinet, quib. id expreſſe in iure ſancitum ac conſtitutum eſt, Gothofre. *in not. ad l. 25. §. fin. ff. ad Syllan.*

Secundo non deſunt, qui circa propoſitam quæſtionem diſtinguant hoc modo, vt quotiens actio popularis primo ac principaliter ad priuatam agentis iniuriam ſpectet, non etiam, niſi conſequenter, ad publicam vindictam: totiens pœna cedat in ſolidum agenti; non vero applicetur fiſco: ſin vero ad publicam vindicandam iniuriam principaliter ſpectet, tunc pœna inferatur fiſco. Zaſius *in §. pœnales. 12. n. 14. Inſt. de action.* Coraſ. *in l. 7. n. 6. ff. de iuriſdict.* Fundamentum huius diſtinctionis in eo conſiſtit, quod cum crimen ad læſionem reip. principaliter ſpectet, nil omnino videatur agentis priuatim intereſſe, crimen admiſſum puniri: nec è contra cũ iniuriam agentis priuatam concernit, nõ videatur intereſſe reipubl. niſi per conſequentiam duntaxat, continere.

Cæterum diſplicet & hæc diſtinctio. 1. Quia cum is agit, qui iniuriam erat paſſus, & ad quem delictum admiſſum principaliter ſpectat, adeoque ſuam iniuriam perſequitur, tum actio, quæ alias popularis eſt, pro priuata habetur *l. licet. in pr. & §. 1. l. non cogendũ. §. qui ita. ff. de procurat.* Cuiac. *in parat. ff. de popular. act.* 2. Quia *in l. 12. pr. ff. de verb. ſignif.* generaliter & indiſtincte dicitur, ex populari cauſa agentem, poſt litem conteſtatam, creditoris loco eſſe: id quod accipi nõ poteſt de eo, qui ipſe principaliter læſus, de ſua iniuria populari actione agit; quoniam hic & ante litis cõteſtationem creditoris loco eſt *l. ſi quis pr. ff. de fideiuſſ.* Alciat. *in d. l. 12. pr. n. 3.*

Non reſiſtit adductum huius opinionis fundamentum: quandoquidem non idcirco pœna agenti applicari debet, quia eius priuatum intereſſe in actione populari verſatur; ſed quia æquum eſt, qui cauſam publicam tuendam ſuſcipit, aliquod pro litis onere & periculo, quod ſubiit, præmium accipere: & quia vtile & bonum eſt, reique publicæ admodum ſalutare, plurimos tali præmio inuitari ad iniuriam reip. vindicandam & ſcelera, quæ puniri publice intereſt, deferenda.

His igitur interpretum opinionibus reiectis, veriſſima nobis videtur illorum ſententia, qui pœnam actionis popularis ſoli agenti applicari contendunt. Quam ſententiam video arridere quoque Goeddeo *in l. 12. princ. n. 15. ff. de verb. ſignif.* Harpr. *in §. pœnales 12. n. 10. Inſt. de act.* Regnero Sixtino *in tract. de regal. c. 10 n. 57.* Dionyſ. Gothofredo *in l. 25. §. fin. ff. ad SC. Sylla.* Et confirmatur ſequentibus argumentis.

Primo enim *in l. 3. ff. de ſepulch. violat.* actio popularis de ſepulchro violato aduerſus eum, qui dolo malo ſepulchrum violarit, datur cuicunque agere volenti in 100. aureos: vnde liquet, pœnam popularis huius actionis non inferri fiſco, ſed commodo agentis cedere: qui enim alias iſta actio diceretur agenti in centum aureos dari, ſi centum illi aurei alii applicarentur quam actori? Præterea cum hic textus expreſſe dicat, actionem iſtam popularem in centum aureos dari ei, quicunque agere voluerit, ſatis clare oſtendit, pœnam non modo tunc applicari actori, cum priuatim eius intereſt ſepulchrum non eſſe violatum, ſed etiam cum nullum omnino actoris priuatum intereſſe in actione verſatur.

2. Acce-

2. Accedit deinceps *l.fin. ff. de litigioſis*, in qua actio popularis datur in duplum aduerſus eum, qui rem litigioſam in ſacrum dedicarit, diciturque actio iſta dupli, non fiſco, ſed aduerſario præſtandam eſſe.

3. Confirmat inſuper hanc noſtram ſententiam non parum, quod Vlpian. *in d.l.12.* ait: quod is, qui actione populari experitur, poſt litem conteſtatam, creditoris loco ſit. Quod ſane non de illo, cuius priuatim intereſt delictum puniri; ſed de eo, cuius plane nullum priuatum intereſſe popularis actio ſpectat, exaudiendum eſſe ſupra perſpicue fuit probatum. Iam vero ſi is, qui actione populari publicam vindictam perſequitur, creditoris loco eſt, ſequitur infallibiliter, quod ipſi pœna ſit applicanda; alias enim reſpectu illius actionis, cuius commodum ad ipſum agentem non pertinet, creditor dici nullo modo poſſet.

4. Denique pro hac noſtra opinione facit & hæc ratio ſatis manifeſta atque dilucida, quod, etſi popularis actio ad cauſam publicam ſpectare videatur, antequā lis conteſtetur; quia tamen litis conteſtatione actio innouatur, eiuſq; dominus efficitur, qui eam inſtituit *l.alia C.de nouat. l. neque. C.de procurat.* ideo poſt litis conteſtationem actio popularis efficiatur priuatæ perſonæ propria, quæ antea erat totius populi, Regner. Sixtin. *d.loc.*

Nec refragatur huic ſententiæ *l.fin.ff.de term. moto.* Nam ibi verba iſta, *in publico iubet*, non hoc volunt, quod in fiſcum pœna quinquaginta aureorum inferri debeat; ſed quod ex publica & populari actione eam ſolui oporteat: diuerſa quippe hęc ſunt, *in publicum dari, & in publico dari.* Deinde exiſtimat Duar. hanc actionem de termino moto, ex omnium popularium actionum numero excipi, ſic, vt licet ex aliis popularib. actionibus pœna ſit agenti applicanda; in hac tamen ſecus accidat. Deniq, Regnerus Sixtinus *in tract. de regal. c.10.n.60.* reſpondet hanc *l.final.* loqui de actione populari nō ciuiliter, ſed criminaliter inſtituta: id aūt quotiēs accidat, vt criminaliter & extra ordinem ius in populari actione dicatur, pœnam non applicari agenti, ſed fiſco *arg. §. in ſumma Inſt. de iniur.* Eodem modo *l.3.§ Diuus. 5. ff. de ſepulchro violato.* Intelligendam ait de actione populari criminaliter & extra ordinem inſtituta: id quod etiam ſcripſit ac voluit Goedd. *in d.l. 12. pr. num. 17. de verb. ſignif.* pari denique ratione interpretanda ſunt *cap.vnic. quæ ſint regalia in vſib. feud.* & *l.mulctarum. C. de mod. mulct.* de mulctis & pœnis criminalibus, non ciuilibus.

Hæc porro actio pœnalis datur de pręfata 500. aureorum pœna aduerſus eum, qui album prætoris de dolo malo corruperit, ſiue per ſe hoc fecerit, ſiue per alium, quoniam quod quis facit per alium, ipſe feciſſe dicitur, & mandans delictum æque atque mandatarius, qui mandatum exequens, delictum commiſit, punitur; imo vterque & mandans & mandatarius tenetur vt in fine *d.l 7.* ſcribit Vlpianus, modo vterque etiam in dolo fuerit. *Lit. C.*

Datur inſuper etiam pro defenſione iuriſdictionis citantis actio in factum aduerſus contumacem, qui quod extremum in iuriſdictione non fecit, vt damnetur in id, de quo controuerſia eſt *l. vnic. ff. ſi quis in ius dicenti.* *Lit. D.*

De qua actione quæritur primo vtrum priuata ſit, an vero popularis? Et quidem Duarenus aſſerit hanc in factum actionem eſſe priuatam & nemini competere, niſi actori contra eum contumacem: ſequitur Duarenum Autor noſter: ſed ab illis diſſentiunt Goëdd. *in l.12.ff.de Verb. Significat.* Matth. Weſenbec. *in paratit. ad tit. ſi quis ius dicenti.* Vdalricus Zaſius ad *d. titul. numer. 7. in paratitl.* Quibus & ego haut inuitus adſtipulor, propter rationes firmiſſimas, quibus iſthæc ſententia niti videtur.

Qu. 45. *An actio aduerſus contumacem competens ſit priuata, an popularis?*

n Si

Digitized by Google

1. Si enim daretur actori, tanquam actori, non poſſet dici magiſtratus ſuam iuriſdictionem pœnali iudicio defendere, ſed ipſum litigatorem ſe ab iniuria tueri, dicendum foret: atqui diſerte ſcribitur *in l. vnic. Digeſt. ſi quis ius dicenti non obtemp.* actionem hanc in factum comparatam ad hoc eſſe, vt iuriſdictio magiſtratus, ſeu ius dicentis defendatur; ſequitur proinde eã nõ eſſe priuatam, ſed publicam, cum priuata actione quiſque perſequatur quod ſibi abeſt ſibique debetur. *pr. I. de act.*

2. Præterea ſi actio hæc eſſet priuata & ad ius ipſius actoris ſpectaret, ratio nulla eſſet, quare apud Duumuiros eiuſmodi priuata cauſa tractari & diſceptari nõ poſſet, cum apud eos quoque priuatus quiſq; ſuum ius actionibus perſequi poſſit.

3. Accedit his, quod nullam hoc habeat rationem, læſa iudicis autoritate litigatori ex actionem concedi, qui nulla re læſus ſit: cum non in ipſum, ſed in magiſtratum contumelia ſpretæ iuriſdictionis & non admiſſæ executionis (quæ contumaciæ ſpecies hac actione duntaxat coercetur) redundat: & vt damnum maxime hoc nomine litigator patiatur; tamen ſatis habet, ſi illud aliis remediis recuperare poteſt: non igitur actori dabitur hæc actio in factum, tanquam priuata, vt qui nulla priuatim iniuria affectus fuerit, ſed tanquam publica.

4. Confirmat inſuper vel inprimis ſententiam noſtram, quod actio hæc in factum ad id, quod actoris intereſt dari expreſſe negatur *in l. vnic. in fine.* Non igitur poterit dici actio priuata, vt quæ ius & intereſſe actoris priuatum non perſequatur *pr. I. de act.*

Ex his proinde recte, meo iudicio, concludit Weſenbec. *d. loco*: actionem hanc non eſſe priuatam, nec ab actore, tanquam de priuato intereſſe inſtitui poſſe, ſed intentari poſſe vel ab ipſo magiſtratu, vel à quouis alio è populo, magiſtratus tamen nomine: ratio præcipua quæ Duarenum & alios diſſentientes in contrariam impulſit ſententiam, hæc eſt, quod dicitur, actionem hanc dari de eo quanti ea res ſit: adeoque videatur hac actione non quidem intereſſe actoris, ſed rei æſtimationem peti *leg. 1. §. fin Digeſt. ſi quis ius dicendi.*

Verum recte Zaſius & Matth. Weſenbec. verba iſta *quanti ea res eſt* de æſtimatione contumaciæ interpretantur: quia hæc clauſula *quanti ea res eſt* ſignificat rei de qua agitur æſtimationem *l. 4. §. penult. ff. de vi bon. rapt.* Cum igitur actione iſta in factum agetur de contumacia, denotat hæc clauſula *in d. l. vnic. §. fin.* contumaciæ æſtimationem, hoc eſt, pœnam contumaciæ debitam.

Sed quid ſi actor contumax exiſtat & ius dicenti obtemperare nolit, vt ſi is, reo ſemel in iudicium pertracto, cauſam in pendenti relinquat. Et ſane æquiſſimum eſt, eandem eſſe petitoris & eius, vnde petitur, rationem, nec vlla ratio eſt, quę prohibeat actionem iſtam pœnalem aduerſus contumacem actorem & ius dicenti obtemperare nolentem dari, & rei magis, quam actoris contumaciam puniri ac coerceri.

Ac præter illam contumaciæ pœnam, quæ ab actore exigitur, abſoluitur quoq; reus, in contumaciam, ab inſtantia. Et hoc eſt quod Vlpianus ſcribit *in d. l. vnic. Non ſolum reum qui non obtemperauit, hoc edicto teneri Labeo ait, verum etiam petitorem.* Idem quoque ſatis perſpicue confirmat *Authen. qui ſemel. C. quomodo & quando.* vbi ſancit, quod ſi actor litem ſemel cœptam deſerat, reus abſolui debeat.

Datur hæc actio, vt dixi aduerſus contumacem, qui quod extremum in iuriſdictione eſt, non fecerit, *d. l. vnic.* ſed quis dicatur non obtemperaſſe ius dicenti, nec id quod extremum in iuriſdictione eſt, feciſſe, non conuenit inter iuris interpretes? & dici vix poteſt quam hoc Dd. ingenia torſerit. *Lit. E.*

Et

Et quidem Vdalricus Zaſius *in paratitl. tit. ſi quis ius dicenti.* ſtatuit, edictum iſtud prætoris *ſi quis ius dicenti non obtemperauerit & actionem eo edicto proditam*, non ad quamuis contumaciam & inobedientiam ſpectare, ſed eam ſolam punire inobedientiam cum iudici ius dicenti non paretur: hoc autem, ait, euenire cum quis id quod extremum eſt iuriſdictionis recuſauerit: per extremum autem non intelligi principium ſed vltimum. Vnde ſi quis in ius vocanti iudici non paruerit, ei tamen in extremo iuſſu, executionem reſpiciente obtemperauerit, is quoad præſens edictum, ſatis obtemperaſſe dicatur. Quod ſi vero vocanti iudici paruerit, ſequentia autem recuſauerit & executoriales iuſſus ſpreuerit contumax ſit & in edictum hoc prætoris eiuſdemque pœnam incidat. Ac proinde concludit Zaſius, quod ſi quis extra præmiſſa iudici vel vocanti, vel iubenti, aut alia monenti non obediat, is pœnam quidem mereatur, ſed non ex edicto iſto, ſi quis ius dicenti &c.

Adſtipulatur huic Weſenbec. in paratitl. Extremum quod in iuriſdictione ius dicentis eſt, eum non feciſſe dici, qui id non fecerit quo poteſtas iudicis pertingere poteſt.

Communis Dd. ſententia eſt hæc, quod EXTREMVM hic ſignificet principium, medium & vltimum, ſic, vt qui vel principium, vel medium, vel finem iuriſdictionis ſpreuerit & quacunque in parte iudicii inobediens ſit, ex prædicto iſto prætoris edicto, vt contumax puniri debeat. Ait enim Iaſon, extremum dici quaſi extra medium.

Quæ ſententia ſuſtineri propterea non poteſt, quoniam exemplum, quod Iuriſconſultus *in d. l. vnic.* ſubiicit, ſatis euidenter oſtendit, quod per extremum intelligatur iurisdictionis poſtremum, i. e. quod in iuridictione vltimum & poſtremum eſt, qualis eſt executio, ait enim Vlpinanus, cum, qui initio rem mobilem à ſe vindicare paſſus non ſit, ſed tamen poſtea duci vel ferri ſit paſſus, obtemperaſſe cenſeri, quaſi priori contumacia purgata: quod ſi vero ſequentia non ſit paſſus, veluti duci vel ferri, in edicti pœnam eum incidere.

Antonius Faber *in Rationalib ad l. vnic.* ait, extremum illud hoc loco dici, non, quo facto, nihil vlterius faciendum habeat prætor, ſed quo non facto, impediatur ille, ne poſſit vlterius progredi.

Mihi ſaluo aliorum iudicio, arridet præ cæteris hæc Fabri opinio ſtatuentis extremum hoc loco id ſignificare, quo non facto ius dicens vlterius progredi non poteſt, adeoque non præciſe ad executoriales actus, ſed ad quoscunque alios referri debere; adeo vt qui citanti iudici non paruerit, non obtemperaſſe ius dicenti recte dicatur, incidatque pœnam, edicto præſtitutam.

Vt ſic ſtatuam, his rationibus moueor. 1. Quia rubrica eſt generalis & de eo concepta, qui ius dicenti non obtemperauerit: atqui ius dicenti non ſolum ille non obtemperat, qui in executorialibus actibus iuſſum iudicis ſpernit, ſed & ille, qui in ius vocatus non comparet, ſed contumaciter emanet.

2. Quia Vlpianus *in pr. d. l. vnic.* ſatis perſpicue oſtendit, quod in edicto prætoris agatur de defenſione iuriſdictionis magiſtratus: *Omnibus magiſtratibus, non tamen Duumuiris ſecundum ius poteſtatis ſuæ conceſſum eſt iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio defendere.* Atqui iuriſdictio magiſtratus non modo defenditur, cum is, qui in executione magiſtratui repugnat, coercetur, ſed etiam quando Ius dicenti non obtemperans, quacunque in iuriſdictionis parte, coercetur.

Quocirca concedendum non eſt, quod in edicto iſto Prætoris de eo ſolum contumace agatur, qui executioni iudicis parere non vult, ſed in genere de quouis contumace, ſiue in prima parte iudicii

Digitized by Google

contumax ſit, vt ſi in ius vocatus non ierit *l.2.ff.ſi quis in ius vocat.* ſiue in iure interrogatus non reſponderit *l. 11.§.3.ff.de interrogat.in iur faciend.* ſiue exhibere iuſſus non paruerit *l. 3. §. 2. ff. ad exhib.* ſiue in media parte iudicii non obtemperauerit ius dicenti, vt ſi qui cauerit ſe iudicio ſtaturum, & non ſteterit *l.1.ſi quis caut.* ſiue in extrema parte iudicii obedire noluerit, vt ſi iudicio damnatus rem ad ſe duci aut auferri non patiatur, veluti cum euicta res eſt *leg. 57.ff.de euict.* His, inquam, omnibus caſibus, qui ius dicenti non paruerit, contumax dicitur.

Addit Autor noſter actionem iſtam in factum competere ad hoc, vt condemnetur in id, de quo controuerſia eſt, ipſi actori præſtandum; ſed hoc ſub Lit. B. refutatum fuit, nam quod hæc actio, quæ datur pro defenſione Iuriſdictionis magiſtratus ſit popularis & ad intereſſe publicum ſpectet, pœnaque iſta, quæ actione hac petitur, applicanda ſit parti agenti, ex prædictis perſpicuum eſſe opinor.

Qu. 44. *An ſimplex citatio in contumacia conſtituat citatum non comparentem?*

Citationis igitur hic effectus eſt, vt qui citatus non comparet, cōtumax ſit, adeoque citatio in contumacia citatum conſtituat. Sed anne citatio ſimplex ſufficiat ad hoc, vt citatus contumax ſit, ſi non comparuerit quæritur?

Et Vdalricus Zaſius *in l. contumacia nu. 7. ff. de Re iudicat.* dicit eum demum eſſe contumacem, qui euocatus tribus edictis, vel vno pro tribus, comparere contemnit. Atque hæc definitio totidem verbis videtur expreſſa eſſe *in l. contumacia 53. ff. de re iudicata*, vbi Hermogenianus *contumax eſt, qui tribus edictis propoſitis, vel vno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, literis euocatus præſentiam ſui facere contemnet.*

Et quod ad contumaciam requiratur aliquem ter eſſe citatum, aut vno peremptorio, quod pro tribus ſit, euincit quoq; *l.8. C. quomodo & quando iudex.*

Atque hanc ſententiam quod vna ſimplex citatio ad contumaciam non ſufficiat, ſed vel trina requiratur vel vna peremptoria, ſtatuit quoque Petr. Frid. Mindan. in loco ab Autore allegato. Vbi docet quod peremptoria citatio non tantum ficte, ſed vere etiam pro trina habeatur; adeoque non minus, quam trina, citatum non comparentem in mora conſtituat.

Sunt tamen caſus nonnulli, quibus vna etiam ſimplex citatio conſtituit reum in contumacia, primus eſt ſi in cauſa ſummaria & leui, in qua ſine figura iudicii ſimpliciter & de plano proceditur, citatio fuerit facta. *Innocent. ad capit. ad petitionem. de accuſat.* quanquam Baldus etiam in iis cauſis ſummariis, vbi eſt ordo iudicii ſeruandus idem obtinere exiſtimet. Secundus caſus eſt ſi abſens ſemel citatus, etiam non peremptorie dicat, *nolo comparere, idque iudicem ſcire volo*, vel pars vltro ad iudicem venit conteſtans, ſe nolle comparere, non erit amplius citanda, ſed ſtatim contumax dicenda. Tertius, ſi cauſæ ſint notoriæ & manifeſtæ, quæ omnibus inuulgata ſunt. Quartus ſi iudex præſentem iudicio commoneat: *ego te cito.* cum talis admonitio ſit inſtar peremptoriæ citationis, aut maiorem etiam vim & autoritatem habeat, quam peremptoria. *l. ceſſante C. quomodo & quando*, vbi ceſſante trina denunciatione, ſufficit partem admonitam eſſe per iudicem. Sextus ſi ſe citandus occultaret, vel impediret, vt ad ipſum citatio non perueniret: nã hic etiam amplius citandus nõ eſt, ſed pro contumace habetur *c. certum. cauſa 11.quæſt.3.* Septimus ſi iudex euocet atque mandet ſub comminatione de vlterius non audiendo, de habendo pro vero contumace: cum talis citatio, ſiue admonitio æquipolleat peremptoriæ. Frider. *d. loco.*

Quin etiam interdum peremptoriam citationem vnam pro tribus ad contumaciam non ſufficere ſupra oſtenſum fuit, quando videlicet cauſa maxime ſit ar-

dua.

dua ac tendat ad priuationem alicuius vel officii, vel beneficii.

Contumaciam porro Gloſſa facit duplicem; Zaſius vero & qui ipſum ſequuntur alii triplicem; veram, euidentem & præſumptam. Veram definiunt contumaciam, cum reus in faciem citatur, nec tamen comparet. Euidentem contumaciam, ſi reus in faciem citatus conteſtetur ſe nolle comparere, ſe nunquam compariturum. Præſumptam vero cum citatur reus ad domum, non in faciem, vt ſi familiæ ſuæ vel domi ſuæ aut vicinis denunciatur iſta citatio.

Contumaciter porro non comparente citato, à parte impetrante non ſolum vrgetur paritio, ſed etiam ad pœnam, mãdato inſertam, & ad refuſionem expenſarum agitur.

Qu. 45. *An litis damno afficiatur cauſamque perdat contumax?*

Sed vtrumne & litis damno afficitur cauſamque principalem perdit? Et multi exiſtimãt illum pati iacturam cauſæ principalis: ſed tamen Gloſſa, eandemque ſecutus Zaſius, negant contumacem regulariter amittere cauſam principalem. Quę ſententia fundatur *in l. properandum §. cum autem. C. de iudic. vbi ſæpenumero contumax vincit in cauſa etiam abſens, ſi actor de iure ſuo non probauerit.* Et huc pertinere videtur *l. & poſt edictum. ff. de iudic.* vbi dicit Iuriſconſultus, ſæpe fieri vt ſecundum abſentem contumacem ſententia feratur, ſi forte actor non probet, vel ex actis iudici conſtet de iniuſtitia rei. Vide tamen octo caſus, à Zaſio relatos *in d. l. contumacia.* quibus propter contumaciam rei cauſa etiam perditur.

Rationem vero petendi pœnæ declarationem itemque expenſarum refuſionem, ita formari ſolere ſcribit Petr. Frid. Mindan. in loco ab Autore allegato.

In cauſa pœnalis mandati cum, vel ſine clauſula inter N. ab vna & B. ab altera parte emanati & reproducti, vlterius proſequendo, repetit Procurator nomine ſui principalis narrata dicti mandati, loco libelli, dicens ea omnia vera & probabilia. Et quandoquidem dictus N. tali mandato in ſummum Cæſareæ maieſtatis contemptum, non paruit ſeines Einhalts nicht gelebt, non relaxando, non ſoluendo, non reſtituendo, acta non edendo: vel contra inhibitionem, vel contra mandatum de non offendendo attentando, lædendo &c. Ergo accuſator eius contumacia, petendo vt per ſententiam iudicialem pronuncietur & declaretur eum in pœnas comminatas dimidia parte actori applicanda, incidiſſe, & nihilominus ad parendum mandato adhuc teneri &c. Omnia cum refuſione expenſarum & damnorum.

Qu. 46. *An contumax pœnitens & ſe ſiſtens à banno abſolutione indigeat?*

Cum in criminalibus pœna contumaciæ eſt bannus quinimo etiam interdum in ciuilibus, ſi quis ſe abſentet, nam tunc bãniri poteſt donec iudicio obediat Moll. 2. *Semeſtr.* 24. Hinc igitur quæritur ſi is, qui contumax declaratus eſt, pariat poſtea, pœnitentia ductus, atque iudici ſe ſiſtat, anne tunc abſolutione indigeat à banno?

Et videtur initio dicendum quod abſolutione penitus nulla indigeat: tum quod facta paritione ſibi iniuncta, cauſa banni deficiat, ceſſante vero cauſa banni deficiat, ceſſante vero cauſa, ceſſet effectus *capit. ceſſante. de appellat.* Tum quod ſolutione eius, quod debetur omnis obligatio extinguatur, *princ. I. quib. mod. obligat. toll.* Tum denique quod acceſſorium ſequatur naturam principalis.

Cæterum Petro Frid. Mindan. contraria arridet ſententia, eumque ſequitur hic Autor noſter, eo quod declarata pœna banni, citationi inſerta, non modo paritione, ſed etiam abſolutione opus ſit *cap. 1. ibi ante ſatiſfactionem huiuſmodi nullatenus abſoluendi de decim in ſext.* Siquidem inanis foret banni declaratio abſque executione, & inanis executio, quæ abſq; vlla abſolutione deleatur.

Ad contrariæ vero opinionis argumentum reſpondet Fridericus, id procedere ac locum habere, quãdo cauſa ceſſat ante effectum conſummatum; ſecus vero

ſi effectus iam ſit conſummatus, quo caſu ceſſante cauſa, effectus remanet. Bart. *l. Titia Seio §. Imperator. n. 10. ff. de legat. 2.* Declarato autem iam banno, etiamſi poſtea fiat paritio, tamen effectus banni iam cõſummatus, alio opus habet remedio.

Ad tertium reſpondetur, acceſſorium ſequi naturam ſui principalis, ſi videlicet extra id non poſſit ſubſiſtere, vel indiuiſiue ei cohæreat; bannum vero, iam declaratum ob contumaciam, eſt quid ſeparatũ à contumacia, quod peculiari abſolutionis indigeat remedio.

Qu. 47. *Si citatus ad tertiam demum citationẽ comparear, an impenſas primæ & ſecundæ citationis præſtare teneatur?*

Porro quæritur, ſi citatus ad primam & ſecundam citationem non comparuerit, ſed ad tertiam demum ſeſe ſiſtat, anne impẽſas & ſecũdæ citationis ſoluere debeat.

Et quidem ſententia iſta fere communis eſt, quod reus teneatur ad expenſas cuiuslibet termini, maxime actore comparente & accuſante abſentiam rei, quam & ipſum quoque probat Didacus Couar. in loco citato ab Autore & ſequitur eam Autor, adeo vt vulgo opinentur, quod etſi iuſtam habuerit litigandi cauſam, reus tñ hoc caſu noſtro in expẽſas condẽnetur.

Verum contrariam ſententiam video placere Vdalrico Zaſio, qui ſtatuit, ſi reus trina citatione citatus, in primo & ſecundo termino non comparuerit, in tertio vero demũ compareat, actor autem quẽlibet terminum obſeruarit, hoc caſu reum non teneri in expenſas primi & ſecũdi termini, ſi ad tertium ſeſe ſtiterit. Tum, quia nihil videatur iniuria facere, qui ſuo iure vtitur *l. nullus. ff. de R. iur.* reus vero vtatur ſuo iure, ad primum & ſecundum terminum citatus, ſi non compareat, cum ei, qui peremptorie non citatur, liberum ſit ad primam & ſecundam citationem comparere. Tum etiam quia *in l. contumacia. ff. de re iudicata.* Iuriſconſultus dicit, poſt trinum edictum, vel vnum pro tribus, demum cenſeri contumacem. Cui conſequens ait Zaſius, reum ad primam & ſecundam ſimplicem citationem non comparentem, in expenſas actori non eſſe cõdemnandum. Interim tamen verum eſſe dicit, quod in ſententia definitiua, ſi actor obtineat & reus ad expenſas condemnetur, tunc demum veniant iſtæ expenſæ, adeoq; impenſæ iſtæ acceſſoriæ reſeruentur vſque ad finem litis.

Cum ſupra in theſi præcedente 8. Autor noſter dixiſſet, principis citationem vim edicti peremptorii ſemper habere, exinde hic nunc infert & concludit, quod ad vnam principis citationem non comparens poſſit condemnari tanquã contumax, cum is qui non paret vni peremptoriæ citationi contumax exiſtat *d. l. contumacia. ff. de re iud. cata.* Cæterum quod dictum eſt, vnam citationem principis pro peremptoria haberi, id tunc demum admittendum eſſe oſtendimus, ſi is pro tribunali ſedens admonuerit vel ipſe reum, aut eius apparitor, præſente reo, vt certo die ad iudicium denuo veniret. Hanc quippe admonitionem, dictum eſt, vim peremptorii edicti habere: at de ſimplici citatione principis hoc minime verum eſſe exiſtimo.

Iure Saxonico procedi in contumaciam *mit erſtehung des erſten, andern vnd dritten Gerichts biß auff ehehafften* hoc eſt, vt prima, ſecunda & tertia vice videatur iudicium euictum, niſi reus contumax impedimentum legitimum deducat, cur non comparuerit, annotat hic ex Zobelio Autor noſter, hancque ait contumaciam bannum ſequi, etiam in cauſis ciuilibus, quod ipſum quoque confirmat ſuo teſtimonio Daniel Mollerus *2. Semeſtr. 24.* vbi ait, nullibi hoc frequentius, quam in Camera Imperiali fieri, vbi ex ordinatione eiuſdem ob contumaciam in cauſis ciuilibus litigantes banno ſubiiciantur, tamdiu, donec ſententiæ aut mandato Cameræ pareant: id quod etiam Gailius *2. de pace publica c. 5. n. 2.* teſtatur, ſuoque calculo approbat.

RESOLV-

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.

Litera A. Qu.48. *Quidnã ſit libellus?*

DE citatione hactenus, ſequitur vt de libello dicatur: ſi enim proceſſus per libellum ſupplicem petiti ſint, ſolet actor citatione impetrata eaque executioni demandata in termino citationis offerre: ſin libellus actionis iam ante ad effectum impetrandorum proceſſuum oblatus ſit, ſolet is in termino iſto reproduci, iſtiuſq; copia ſiue exemplum citato, aut procuratori eius exhiberi, niſi vna cũ citatione à iudice tranſmiſſus ſit. Vulteius *lib.2.iurispr.Rom c.29.*

Libellus definitur à Vulteio, quod ſit ſcriptura actoris intentionem continens, *d.c 29.*

Georgius Obrechtus definit libellum, quod ſit breuis & aperta verborum conceptio futuræ litis ſpeciem in iudicio proponens, in *tractat.de formand. & concip. libell cap.2.* Dicitur verborum conceptio, quia etſi hodie ſolennes verborum formulæ ſublatæ prohibitæ ſint *tot tit.Cod.de form & impetrat. ſublat.* ſublata tamen hac verborum ſolennitate, nihilominus verborum conceptio rectè dicitur, quoniam non pro libitu & arbitrio, ſed certa forma, iure & conſuetudine præſcripta concipi & proponi debet, vt mox ſub *Lit.C.& D.* oſtendetur.

Appellatur in definitione *breuis verborum conceptio*, quia omiſſis ſupervacuis, ea tantum, quæ ad rem pertinent, & quæ pręſenti cauſę inſeruiunt, cótinere debet.

Nominatur quoq; APERTA *verborum conceptio*, quia actio debet eſſe perſpicua: quia ſi libellus obſcurus foret vel ambiguus nec à iudice, nec à reo intelligi, nec reus an cedere, an contendere debeat ſcire poſſet, nec iudex commodè ſuper eo ſententiam ferre poſſet.

Dicitur denique futuræ litis ſpeciem continere *l.3.C.de edendo.* id quod tunc fit, cum rem & petendi cauſam aperte complectitur: nam hinc futuræ litis imago & ſpecies ipſiuſq; actionis vis atq; poteſtas cognoſci poteſt, indeque reus intelligere poteſt anne cedere, an verò contendere debeat *l.1.ff.de edendo.* Weſenb. in *paratit.de edendo nu.2.* definit libellum quod ſit ſcriptura, quæ actionem continet. Cum qua definitione coincidit definitio authoris, quod ſit ſcriptura actoris intentionem continens.

Emericus Rosbach in *praxi ciuili c.33.* definit libellum breuem & ordinatam ſcripturam, claram actoris intentionem, cauſam & actionem complectens, & contra aduerſarium neceſſario aliquid inferens & concludens.

Alii aliter definiunt libellum, quæ definitiones effectu verè & ſententia conueniunt, licet verbis diuerſæ appareant.

Quænam porrò ſint requiſita libelli, quæ concipiendi forma, qui deniq, effectus in ſequent. ab autore exponitur, vbi & nos nonnihil dicemus.

Libelli verò duæ ſunt ſpecies: alius enim eſt articulatus, alius ſimplex: Hic dicitur qui ſimplici & continua oratione ſine articulorum diſtinctione conſtat; ſeu, vt autor eum deſcribit, eſt libellus qui ſerie continua concipitur. *Litera B.* Qu.49. *Quanam ſint ſpecies libelli?*

Articulatus verò libellus dicitur, qui articulis certis & diſtinctis conceptus atque formatus eſt.

Priorem libellum ſimplicem, duntaxat probauit Elector Saxoniæ *part.1.tit.2.* cuius hæc ſunt verba: *Damit der Proceß deß Sächſiſchen Rechten inn vnſern Landen erhalten, So wöllen wir, daß* libellus articulatus *nicht zulaßlich ſeyn, vnnd wann derſelbige gleich nicht vom Part gefochten, jedoch*, officio iudicis *verworffen werden ſoll.*

Quod in tantum verum eſſe notat hîc author, vt articulatus libellus, etſi pars rea nil oppoſuerit, ex officio reiici debeat. Et cum hoc iure ſolum libellus ſimplex admittatur, ideo per reſponſio-

cit in narratione dictum eſſe, Titium cum actore contraxiſſe & ex contractu obligatum eſſe actori, ſed ſpecies contractus deſignari debet ex qua obligatus ſit Titius actori. Idemque de maleficio dicendum & ratio huius obſcura minime eſt: nam ſi generalis cauſa ſolum exprimatur, non poteſt conſtare reo, vtrum cedere, ac vero contendere debeat, quia fieri poteſt, vt ea poſtea contractus cauſa & ſpecies dicatur ex qua reus actori obligatus non ſit; & fieri contra poteſt, vt eam dicat ex qua ſit obligatus reus actori. Donell. ad *l. 3. C. de edend.* quin etiam talis libellus eſſet incertus, eo quod non concluderet certum ius agendi Gail. *2. obſ. 61.* Et quanquam non deſint quidam è pragmaticis, qui ſtatuant, libellũ huiuſmodi, qui cauſam remotam duntaxat & generalem continet admittendum, quando reus contra illum nihil excipit, Bartolus *in leg. 1. de edendo.* Recte tamen ſententiam hanc improbat Obrechtus; non ſolum propter rationem modo adductam, quod nempe non conſtaret hoc caſu reo, vtrum cedere, an vero litigare deberet, ſed etiam ideo, quia certa litis conteſtatio non poteſt fieri, niſi reo de cauſa obligationis certo conſtet; cum tamen litis conteſtatio ſit baſis atque fundamentum iudicij: at arenoſum eſſet fundamentum, ſi incerta foret litis conteſtatio.

In actione in rem ſufficit cauſam generalem aſſignare, dicendo rem à Titio petito ri eſſe reſtituendam, quia ipſe dominus ſit rei poſſeſſæ, nec opus habet cauſam ſpecialem adijcere, ex qua fundus ad ipſum ſpectet, ideo quia etiam hac ſolum generali expreſſa conſtare poteſt poſſeſſori, vtrum cedere, an vero litigare debeat: nam ſi actor dominus eſt, vt eſſe intendit, quacunque ex cauſa ſit dominus, ſemper ad rei reſtitutionem poſſeſſor tenetur, *l. officium ff. de rei vindicat.*

Concluſio, in qua tota vis libelli conſiſtit, & ob id præcipue attendi debet, in quo petitio actoris contineat, q̃ & ipſa apta & perſpicua eſſe debet. Hæc in ciuilibus cauſis neceſſario exprimenda eſt nec & omiſſa libellum vitiat *cap. examinata. de iudic. l. edita C. de edendo.* In criminalibus ex narratione & qualitate delicti pœna ex certa iuris conſtitutione imponenda venit *capit. licet de ſimon.* quare illic ſolam facti narrationem ſufficere abſque petitione & concluſione, annotant Interpp. noſtri, ex hac ratione, quod in criminalibus nihil concludatur dari vel fieri parti, ſed pœna corporalis applicetur corpori, pecuniaria vero fiſco debeatur Gail. *1. obſ. 61. n. 18.* Qu. 52. *Qualis debeat eſſe libelli cõcluſio?*

Atque hæ tres partes ſunt libelli ſubſtantiales, cæterum ſolet his in libello præmitti exordium, quod continere debet *primo* nomen iudicis, vt conſtet coram quo actor alterum conueniat; nomen inquam iudicis, non proprium, ſed nomen dignitatem & officium eius deſignans, quia ex hoc fere melius perſona iudicis cognoſcitur, quã ex nomine proprio; ſiquidem coram eo agitur non vt priuato, ſed vt magiſtratu & qui publicũ officium gerit. Qu. 53. *Exordiũ libelli quid continere debeat?*

Secundo exprimendum eſt quoque nomen actoris in libelli exordio, vt conſtet quis agat, quod tamen tunc demum neceſſarium eſſe notant pragmatici, cum quis non per ſe agit, ſed per procuratorem, quoniam cum quis per ſe in iudicio agit, ſemper certus eſt is, qui ſuo nomine libellum in iudicio producit.

Tertio ponendum quoque eſt in exordio libelli nomen rei, vt conſtet aduerſus quem agatur, & ſi reus incertus eſt, diligenter debet deſignari *l. de vnoquoque. 47. ff. de re iudicat.* quo reo conſtet aduerſus ſe, & non aduerſus alium actionem eſſe inſtitutam; omniſque tollatur ambiguitas.

Sed

Digitized by Google

Quæ.54 *An nomẽ actionis in libello ſit exprimendũ?*

Sed anne nomen quoq; actionis, qua quis expertus eſt in libello olim exprimi debuerit controuerſia non caret?

Affirmat Donellus, Vitalis *1.var. lect.1. n.10.& ſeq.* Gœdd.*ad l.5.pr.ff.de V.ſignif.* Zoannett.in *l.3.C.de edend.*

1. Quia Pomponius in *l.2.§. his legib.ff.de orig.iur.* ſcribit, *actiones ita initio compoſitas eſſe, vt certæ eſſent ac ſolennes*; vbi CERTÆ ad nomina, ſolennes ad formulas referuntur.

2. Quia idem quoque videtur demonſtrare *l. 1.2.3. Digeſt. de præſcript. verb.* in quibus ſcriptum eſt, tunc demum perueniri ad actiones in factum, cum deficiunt vſitata actionum nomina; ita cum nomen actionis inuenire non poſſumus: quo declaratur ſic actionum nomina fuiſſe, vt quandiu poſſent inueniri, tandiu his eſſet vtendum, nec prius ad actionem in factum, hoc eſt, eam quæ ſine nomine rem factis geſtam demonſtraret, confugere liceret.

3. Idemque probant dubitationes illæ veterum tam multæ, qui in eadem facti ſpecie, de qua non conſtet inter omnes, quærunt, vtrum illo titulo, & nomine actionis, an illo potius vtendum ſit *l. 1. de æſtimat l qui ſeruandarum l. apud Labeonem. ff. de præſcript. verb. l.1. Digeſt. ſi menſor falſum modum dixer.* quæ omnis ſtulta foret contentio, ſi omiſſo actionis nomine ſufficeret factum tantum proponere, & ex eo intendere ſibi illud, aut illud dari oportere.

4. Inſuper ſententiam hanc probari putant *l. 1. Digeſt. de edendo.* vbi dicitur quod ei, qui in ius vocatur, actio ſit edenda, quo ſciat vtrum contendere, an vero cedere debeat, COGNITA ACTIONE; at quomodo actionem cognoſceret reus, ſi nomen eius in libello non exprimeretur?

5. Et in *l. omnes Cod. de Epiſcop. & Cleric.* dicitur PROPONENDAM eſſe actionem, nomen igitur ipſius in libello exprimendum erit. Et quod illic facti propoſitio intelligi nequeat, exinde patet, quod ibidem cauſæ diſtincta fiat mentio.

6. Idem quoque extorquere conantur ex *l.3. C.de edendo.* Nam ibi iudicii mutatio & libelli emendatio conceditur: atqui nec mutatio iſta cognoſci poteſt, niſi expreſſa actione, quando ex eodem facto plures actiones competunt, nec emendationis neceſſitas, ſi nomen non exigeretur.

Cæterum quod nomen actionis in libello iure ciuili non exprimendum ſit, ſed ſufficiat in proponenda actione factum referre, verius eſt. Et vel inde probatur quod nullibi in iure noſtro id expreſſe deſideretur, vt nomen exprimatur actionis in libello, quod ſi vero neceſſarium eſſet, vel ſemel in iure noſtro alicubi ſignificaretur, nec tanto ſilentio id præterirent legumlatores.

Nec ſane per textus & fundamenta ſupra adducta probatur, actionem iure ciuili in libello fuiſſe nominatim exprimendam: nam in *dict. l. 1. ff. de edendo* non vult Iuriſconſultus actionis nomen in formula agendi, debere nominatim poni, ſed vult ſolum, ceſſantibus iis iudiciis, quæ iure ciuili prodita ſunt, & quæ in albo prætoris certas formulas habent, in factum poſſe agi, hoc eſt, non præſcripta certa ſolenni & compendioſa formula, quia ea de re nulla eſſet compoſita, ſed ſimpliciter à prætore factum ſeu rem geſtam demonſtrari debere.

Idemque ſignificatur in *dict. l. 2.* quod nempe tum demum actione præſcriptis verbis agi poſſit, cum vulgares & vſitatæ actiones deficiunt, quæ certis formulis incluſæ & in albo prætoris ſunt propoſitæ. Hæ autem actiones idcircò vulgaria actionum nomina habere dicuntur, non quod illarum nomina in formulis ſint exprimenda; ſed quia ex iis negotiis proficiſcuntur, quorum ius certis & com-

Digitized by Google

& compendioſis formulis incluſum, vulgo omnibus notum eſt.

Sic etiam non refragatur quod ſæpe Iuriſconſulti inter ſe contenderint de ſpecie actionis & alius hanc, alius aliam dandam contenderit.

Nam iſtæ contentiones & digladiationes fuerunt non ſuper nomine actionis, ſed ſuper ipſa actione: non enim controverterunt veteres Iuriſconſulti, an actionis nomen exprimi deberet, ſed an ex facti ſpecie hæc, vel illa actio, & vtrum ex oblata facti ſpecie directa, legitima, notis & ſolenniter concepta actio, an vero præſcriptis verbis competat *l. 1. ff. de æſtimator. l. 5. §. vlt. ff. de præſcript. verb.*

Pari modo in *l. 1. ff. de edendo* non dicitur, quod nomen actionis in libello ſit exprimendum, nec aſſerit quod eo fine libellus debeat edi, vt de actionis nomine & appellatione conſtet, ſed vt cognoſcatur actio atque reus certus ſit, quo genere actionis conueniatur.

Inſuper ſententiæ noſtræ nil quicquã detrahit *d. l. omnes. C. de Epiſcopis & Clericis.* in qua dicitur, proponendam eſſe actionem: nam hinc male & inepte infertur nomen actionis exprimendum eſſe.

Denique ad rem nihil facit *d. l. 3. C. de edendo.* in qua, edita actio futuræ litis ſpeciem demonſtrare dicitur, non quod nomen actionis ſpecialiter expreſſum habeat, ſed quod aptam rei & propoſito negotio competentem narrationem contineat *l. 2. C. de form. & impetr. act.*

Nec enim *ſpecies* ibi pro ſpeciali nominis explicatione, ſed pro determinata facti aſſeueratione accipitur, quæ quæſtionis ſeu cauſæ modum proponit. Obrecht. *de formandis & concip. libell. c. 8. nu. 24.*

Et hæc quoq; ſententia iure canonico eſt recepta & approbata: eo ſiquidem iure, licet actionis nomen ſpecialiter non ſit ponendum; neceſſe tamen eſt factum narrari, vt exinde ius agendi certum colligi poſſit. *cap. dilecti 6. de iudic.* Vnde eodem iure actor iubetur ponere quid petat & quo iure ſibi deberi exiſtimet.

Vno caſu videtur adhuc hodie nomen actionis neceſſariò eſſe exprimendum, ſi cauſa in libello contento non vnam duntaxat actionem, ſed plures producere poſſit; veluti ſi colonus conueniatur ob arbores cæſas, quo caſu cum plures actiones proditæ ſint *l. 1. 2 & pen. ff. de arb. furt. cæſ.* neceſſe eſt actionem exprimi, vt reus conuentus certus eſſe poſſit de qualitate actionis propoſitæ. Gail. *1 obſ. 61. nu. 21.* Hoc autem caſu excepto, generalis manet ſuperior regula, quod nomen actionis in libello neceſſariò exprimi non debeat.

Hodie ſane nomen actionis non eſſe neceſſarium exprimi, ſed ſufficere eo modo narrari, vt inde aliqua actio elici poſſit, omnes teſtantur pragmatici & vſus quoque forenſis ſatis edocet.

Hinc rectè infertur, quod libellus non vitietur, ſi inepta actio nominetur, tum quia, vt hactenus oſtenſum, non opus eſt nomen exprimi, igitur etſi expreſſum ſit falſum actionis nomen, pro non expreſſo habebitur, nec vitiare poterit libellum, quem vtique vitiaret, ſi in eo verum nomen exprimendum foret: tum quia interpretatione iuvandus videtur actus, vt ſuſtineatur potius, quam vt corruat & euaneſcat *l. vnic. C. de rei vxor. act.* adeo vt ſi partim vtilis ſit, partim inutilis, tum vtile per inutile non vitietur: tum etiam quia regula iuris eſt, quod quæ abundant non ſoleant vitiare actum *l. 94. Digeſt. de regul. iur.* Cum igitur expreſſio nominis actionis ſit ſuperuacua, per modò adducta, non poterit libellum vitiare. Quæ. 55. *An libellus vitietur, ſi inepta actio nominetur?*

Cæterum Iaſon, Bartolum & Baldum ſecutus, opinatur libellum vitiari, ſi in eo inepta actio nominata fuerit, primo per textum in *l. 2. Codic. de formul. & impetrat. ſublat.* vbi requiritur, vt apta actio proponatur.

Sed nihil hic textus ad propoſitum confert cum hoc ſolum velit, quod in li-

Digitized by Google

bello apta rei ſeu negocio ſit proponenda actio; nomen autem actionis aptum exprimendum eſſe textus non dicit.

2. Adducunt præterea *l. 1. pr. ff. ſi menſor falſ. mod. dix. in verb.* dicendum erit, nec tenere intentionem.

Reſpond. Sed & ibi agitur non de inepto actionis nomine expreſſo, quod vitiet intentionem actoris, ſed de inepta actione, quæ rei, de qua agitur, non conueniat. Hæc ſi inſtituta fuerit, intentio non tenet, ſecus ſi ineptum duntaxat & inconueniens nomen actionis expreſſum ſit. Quin etiam errorem illic in cauſa actionis fuiſſe commiſſum, non vero in nomine, ex textu liquidò patet.

3. Eodemq; facere putant textum in *l. final. in verb.* exprimere actionem *Cod. de interdict.*

Reſpond. Sed & hic textus nihil ad rem facit; cum hoc duntaxat velit quod actio ſit in libello exprimenda: at nomen eius exprimendum eſſe non dicit, multò minus euincit, quod ſi falſum & ineptum nomen exprimatur, libellus per hoc vitietur.

4. Poſtremo allegantur à Iaſone *l. ſi cum ea. in verb.* competentibus actionibus *C. de dot. promiſſ. l. petitores. in verb. competentibus actionibus. ff. de pignor. l. pen. in verb. competenti actione. Cod. ſi ven. pignor. agn.* Vnde concludit Iaſon, quod ſi de neceſſitate non requireretur actio in libello, non requireretur, vt eſſet apta.

Veruntamen & huic facile occurritur ſi diſtinguatur, vt hactenus aliquoties factum eſt inter actionem & nomen actionis, hoc modo; competens actio inſtituenda & ſi non fuerit inſtituta, ſed loco ipſius incompetens & inepta intentio non tenet, & vitiatur libellus: at nomen actionis in libello de neceſſitate exprimendum non eſt, & ſi fuerit expreſſum non vitiat libellum, ſed pro ſuperuacuo & otioſo habetur.

Diximus ſupra quod libellus proponi poſſit vel in modum ſyllogiſmi perfecti tribus propoſitionibus conſtantis, vel in formam & modum enthymematis ſicut poſt exordium omiſſa cauſa petendi, ſubiiciatur in continenti narratio & ſubdatur concluſio: exemplum huius tale proponit Obrechtus: *Sempronius*, ait, *vendidit & tradidit Titio fundum Mævianum pro centum aureis: at Titius nondum precium perſoluit, ſed petenti Sempronio ſoluere omnino renuit: hac facti ſpecies in forma enthymematis ita proponi poteſt: coram te prætore Romano comparet Sempronius & infraſcriptam petitionem ſummariam contra Titium proponit, ſine tamen ſuperflua probationis onere, de quo expreſſe proteſtatur: hac proteſtatione præmiſſa dicit, ſe Titio fundum Sempronianum, in agro Saluio ſitum pro centum aureis, moneta & valoris Norimbergenſis vendidiſſe & tradidiſſe, at Titium precium nondum perſoluiſſe; imò ſibi amicè petenti omnem ſolutionem denegaſſe, quare ſubmiſſe ſe petere, Titium reum ad ſolutionem centum aureorum veſtra ſententia condemnari, vna cum refuſione litis expenſarum.* Littera D. Quæ. 56 Quomodo libellus in formam enthymematis ſit concipiendus.

In hoc libello omiſſa eſt maior propoſitio quæ talis eſt: *Qui rem certo precio emit & traditam accepit, is tenetur actione venditi ad precii ſolutionem.*

Quanquam autem hæc formula hodie ſit vſitatiſſima, meliorem tamen eam eſſe iudicat Obrechtus, in qua & antecedens & conſequens exprimitur & ſimul petitio adiicitur: cum eò melius cauſæ ſcopus intelligi, melius cauſæ vitium deprehendi & melius de cauſa diiudicari poſſit.

RESOLVTIO THESIS VNDECIMÆ.

Requiſita libelli ſunt iſta. 1. Vt ſit clarus, perſpicuus, non vero obſcurus. Hoc autem ideo, vt reus deliberare poſſit, vtrum contendere, an vero cedere velit *l. 1. ff. de edendo.* Et vt iudex certam ſententiam Littera A.

tentiam proferre poſſit § *curare. Inſt. de act. in ſumma* § *qui fortiu. ff. de iudic.* Quæ ſententia confirmatur *l. fin. C. de annal. except. verſ. ſancimus. in verb. ſancimus itaq́; nullam in iudiciis in poſterum locum habere talem confuſionem ſed qui obnoxium ſuum in iudicium clamauerit, & libellum conuentionis ei tranſmiſerit, licet generaliter nullius cauſæ mentionem habentem, &c. quibus verbis perſpicuè ſignificatur quod libellus obſcurus recipiendus non ſit.*

Quæ. 57 *An, ſi parte contra obſcurũ libellum nõ excipiẽte, ſententia feratur, ea ſit rata?*

Cęterum ſi ſententia ſuper obſcuro libello fuerit lata, nec aduerſarius contra exceperit, ſed illum admiſerit tradunt interpp. iuris ſententiam valere. Gail. *1. obſer. 66. num. 6* Alex. in *l. 1. ff. de edendo.* Quod tamen author noſter in criminalibus ſecus ſeſe habere ſcribit; in his enim libellus obſcurus vel generalis non ſuſtinetur, etſi pars nihil contra eum excipiat, vt ſi talis ſit libellus: accuſo Titium de omnibus maleficiis, quæ admiſit *l. libellorum. Digeſt. de accuſat.* ſed debet eſſe perſpicuus & ſpecialis, certi criminis, loco & tempore circumſcripti, ita vt reus negatiuam loco & tempore coarctatam probare poſſit, alias ei defenſio tolletetur. Gail. *1. obſ. 62. num. 13.*

Summa autem virtus libelli conſiſtit in apta petitione: ſiquidem totus libellus ex concluſione æſtimatur totaq́; vis libelli in concluſione conſiſtit Iaſon in *l 3. n. 25. Digeſt. de reb. credit.* totumq́; pondus libelli maxime & ſubſtantialiter ſtat in concluſione Fichard. *conſil. 12. num. 2. tom. 2.* cum non quid narretur, ſed quid concludatur attendi ſoleat Iaſon in *l. 1. princ. ff. de edend.*

Quare ſi inepta ſit petitio & concluſio libelli, quã vis cætera fuerint apta, non tamen ſuſtinetur libellus: at contra ſi apta eſt petitio, quamuis cætera non ſit apta: libellus ſuſtineri poteſt: ita enim bene Iaſon: etſi cauſa petendi & narratio ſit inepta, nihilominus iudex ſecundũ aptam concluſionem ſententiam ferre debet: è contra ſi ex facti ſerie, quantumuis benè narrata, inepta colligatur concluſio, totus libellus corruit. Idem cum Iaſone & Angelo aſſerit quoque Gailius *1. obſer. 61.* propterea quod concluſio amplat & determinat totam actionem. Hinc ex Lanfranco refert idem Gailius, libellum in ciuilibus duo continere debere, narrationem & concluſionem; ad cognoſcendum vero an libellus ſit ineptus, & quæ actio ſit propoſita: concluſionem & narrationem eſſe attendendam.

Quod ſi igitur, vt hactenus fuit oſtenſum, ea vis eſt aptæ concluſionis, vt libellum, quoad narrationem cæteraſque partes ineptum, ſuſtinere valeat in totum, dubitandum non eſt, quin ſi partim concludens ſit libellus partim verò ineptus & non concludens, propter partis ineptitudinem in totum non vitietur, ſed pro parte ſuſtineatur, cum regula ſit iuris, quod vtile per invtile nõ vitietur. *c. vtile de R. iur.*

Regulariter porrò non admittitur libellus generalis propterea quod ſuper tali libello certam ſententiam iudex ferre non poſſit: cum ſentẽtia debeat eſſe conformis libello, & ideo ſic vt libellus generalis eſt, ita quoque ſententia ſit generalis: atqui ſupra diximus, quod iudex certam debeat ferre ſententiam § *curare. Inſt. de act.* ex hac igitur cauſa non admittitur libellus generalis.

Quæ. 58. *Quare libellus generalis nõ admittatur?*

Excipitur ab authore petitio hereditatis, in qua libellus generalis valet & ſuſtinetur, talis, inquam, libellus: *Peto à te hereditatem Sempronii quia ſum eius heres*; ita vt non ſit opus ſpecificare & deſignare res hereditarias. Vnde rectè dicitur peti hereditas, etiamſi res vna hereditaria petatur *l. 4. ff. de petit. heredit.* quamuis ea fuerit minima *l. 10. ff. eod tit.*

Veruntamẽ, quia in executione ſententiæ generalis, ſuper huiuſmodi generali libello latæ, noua liquidatione & probatione rerum hereditariarũ opus eſt, non ſine ſumptibus, iactura temporis & moleſtia actoris, ideo conſultum videtur, vt

Digitized by Google

eodem libello, vel aliis articulis deſignatio fiat rerum hereditariarũ, quid viedlic. quantumq́; ſit in hereditate quæ petitur, Gail. *d. loco.*

Excipitur quoque à ſuperiori regula actio de dote, in qua generalis quoque libellus admittitur, quia dos quoque res quædam generalis eſt, quæ pluribus rebus, quamuis nec cohærentibus, nec vni nomini ſubiectis conſtat, ſic igitur in petione generalium rerum, generalis admittitur libellus *l. licet C. de iudic.* ita quoque in dote.

Litera B.

Quæ. 59 *Quando admittatur libellus alternativus?*

Pari modo nec alternativus libellus regulariter admittitur, quoniam libellus, vt ſæpe dictum, debet eſſe clarus, certus atque perſpicuus, tum propter reum, quo ipſi conſtare poſſit, quid à ſe petatur, & vtrum cedere, an verò contendere debeat, tum etiam propter iudicem, vt certã ſententiam ferre poſſit, quoniam ſententia debet conformis eſſe libello.

Dixi regulariter non valere libellum alternativum, quia ſunt certi caſus, in quibus admittitur; quorum *primus* eſt ſi incertitudo proficiſcatur ex facto alieno *l. 1. § quia autem. ff. quod legat.* vbi ita Iuriſconſultus Vlpianus ſcribit: *Quia autem nonnunquam incertum eſt, vtrum quis pro legato, an pro herede vel pro poſſeſſore poſsideat, belliſsime Arrianus ſcribit, hereditatis petitionem inſtituendam, & hoc interdictum reddendum. vt ſiue quis pro herede vel poſſeſſore, ſiue pro legato poſsideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum ſolemus facere quotiens incertum eſt quæ potius actio teneat: nam duas dictamus,* proteſtati ex altera nos velle conſequi, quod nos contingit.

Ecce hic alternative coniunctim & eodem in libello proponuntur petitio hereditatis & interdictũ quod legatorum, ideo quia incertitudo ita vtrum pro herede vel põſſeſſore, an vero ꝓ legato poſſideat aduerſarius, ex facto ipſius proficiſcitur.

Exemplum huius quoque eſt in publiciana actione & rei vindicatione, quæ itidem alternativè cumulari poſſunt, propter incertitudinem, quæ ex facto alieno, eius ſcilicet qui rem bonæ fidei poſſeſſori tradiderat proficiſcitur, vt de quo non conſtet vtrum dominus fuerit, an vero non.

Secundus caſus eſt in actione hypothecaria in qua libellus alternativus admittitur; *peto illum condemnari ad traditionem rei obligatæ, vel abſoluendum debitum l. ſi fundus. §. in vindicatione. ff. de pignorib. & hypoth. l. fin. Cod. ſi vnus ex pluribus heredibus.* Et ratio eſt quod in actione hypothecaria poſſeſſor poſſit rem retinere & litis æſtimationem creditori offerre *l. ſi creditor ff. de pignor. & hypothec.*

Tertius caſus, quo admittitur libellus alternativus eſt in materia *l. 2. C. de reſcind. vendit.* vbi libellus aliter, quam alternativè concipi non poteſt, vt videlicet emptor precium ſuppleat, vel rem emptam reſtituat *l. 2. Codic. de reſcind. vendit. cap. 3. de empt.*

Sententiam ſupra libello, evidenter inepto, latam, diximus nullius eſſe momenti, quoniam ſententia debet eſſe conformis libello, igitur vbi libellus ineptus eſt, non poteſt ſententia quoq; non eſſe inepta. Quod adeo verum eſſe ait Gailius, vt talis ſententia non ſit per appellationẽ reſcindenda, ſed ipſo iure nulla cenſeatur. Præterq̃ ſi ſententia lata ſit in ſummariis cauſis, quæ libellum non deſiderant; nam tunc incertitudo libelli ſententiã non vitiat, quia quotiens aliquid neceſſario non requiritur, ſi illud interueniat, etiam inepte, actum non vitiat *l. vnic C. de rei vx. act.* *Litera C.*

Dixi autem ſententiam ſuper libello *evidenter inepto* latam nullius eſſe momenti; nam ſi non expreſſe ineptitudo appareat, ſed ſolum tacite & per ſubauditos intellectus ac ſubtilitates deprehendatur, placet libellum valere, iuxta illud expreſſa nocent, non expreſſa non nocent *l. expreſſa. ff. de reg. iur.*

Et ſi libellus tacite & non expreſſe ineptus

eſt non eſt, ex officio reiiciend⁹, ſed potius interpretatione iudicantis iuuandus, ita vt verba libelli improprientur, quo libellus ſaluetur *l. ſi quis intentione. ff. de iudic.*

Lit. D. Hæc vero ineptitudo ex concluſione libelli potiſſimum colligitur, cum ſupra oſtenſum fuerit, totam vim libelli ex concluſione æſtimari, quoniam tota vis libelli in concluſione, tanquam in cardine verſetur Iaſon ad §. *omnium l. de act. nu. 21.* Ita vt ſi concluſio inepta ſit, licet præcedens narratio ſatis fuerit apta, libellus tamen pro inepto habeatur; contra ſi apta concluſio ſit, narratio vero ſit inepta, libellus ex apta concluſione ſuſtineatur.

Qu. 60. Quibus caſibus poſſit cõcluſio omitti? Quanquam vero concluſio ſit præcipua pars libelli, caſibus tamen quibuſdam eam omitti poſſe ſupra notauimus, & nunc Autor quoque idem monet de cauſis criminalibus, quod ſcilicet in illis concluſio libelli non requiratur neceſſario, ſed ſola facti narratio ſufficiat, quoniam in his agitur de vindicta publica, vt mali coerceantur *l. 9. §. quod illicite ff. de public. iudic.* At iudici ex officio incumbit, vt et nemine petente contra delinquentes procedat *l. congruit. 13. ff. de offic. præſid.* Et propterea, etſi accuſator non petat reum puniri, nihilominus probato crimine, iudex pœnam legis aduerſus eum exercere tenetur *l. 1. §. calumniatorib. ff. ad SC. Turpillian.* Hinc regulam extruunt Interpp. noſtri, quod vbicunque iudex ex ſuo officio defectum petitionis ſupplere poteſt, ibi omiſſam concluſionem, vel concluſionem ineptam libellum non vitiare.

Qu. 61. An locus & tempus perpetrati criminis poſſint omitti? Etſi vero concluſio in criminalibus omitti poſſit, locus tamen & tempus perpetrati criminis omitti nequeunt, ſed omiſſa libellum vitiant, ratio eſt, quod niſi exprimatur locus & tempus commiſſi criminis, accuſatio foret omnino incerta & reo defenſiones tollerentur, quia negatiuam, loco & tempore determinatam, probare non poſſet.

Sed anne, parte etiam non excipiente contra huiuſmodi libellum, nihilominus non valeat, quæritur? Non valere verius eſt per rationem modo adductam. Quanquam Mynſing. hoc modo diſtinguat, vt ſi id quod in libello deficit, poſtea probatum fuerit confeſſione partis, tunc valeat proceſſus, reo nihil opponente, ſin nihil ſit probatum per confeſſionem partis, ſed per teſtes, tunc proceſſus corruat.

Sed anne dies quoque commiſſi criminis exprimi debeat, quæritur porro? Diſtinguit Andr. Gailius hoc modo: aut petit reus adiici diem, aut non petit: ſi prius exprimi debet, quoniam auferret alias, omiſſo die, reo defenſionem, quoniam probare poteſt reus, ſe eo die in iſto loco, vbi crimen commiſſum dicitur, non fuiſſe. Sin poſterius, non eſt adiiciendus; imo cauendum eſſe actori, ait Iaſon, ne diem in libello exprimat, quoniam ſi non probaret delictum eſſe commiſſum eo die, ſuccumberet.

Quare *l. 3. ff. de accuſat. & l. in cauſis Cod. eod.* quibus ſignificatur, quod accuſatione criminali diem exprimi non ſit neceſſe, exaudiri debent de eo caſu, quo à reo id petitum non eſt.

RESOLVTIO THESIS
Duodecimæ.

Libellus legitime compoſitus primo iudici, deinde reo offerri debet *Authent. offeratur C. de litis conteſtat. Nou. 53. c. 3. Nou. 112. c. 1.* Nam actor iudici libello offert, eo fine quo reum in ius vocet, in ius vocato & comparenti libellus communicatur, quo is ſciat, vtrum cedere, an contendere debeat? *Lit. A.*

Hodie vero interdum primo libellus datur iudici & poſtea citatur reus, & huic in iudicium venienti offertur libellus: interdum primo citatur reus; idque vel mandato iudicis vel petitione actoris, & reo poſtea comparenti libellus, ſeu ex-

emplum illius, porrigitur. *Obrecht de form. & concip. libell. c. 4.* Roſb. *prax. ciuil. c. 33.*

Lit. B. Si bona, de quibus lis ac controuerſia eſt, diuerſis in locis ſita ſint, quæritur quo in loco offerendus ſit libellus? Et ſententia Baldi, Iacobi Menochii & aliorum eſt, quod offerendus ſit libellus in principaliori foro: at forum magis principaliorem eſſe, in quo maior pars bonorum reperiatur, & ob id comparere ibi oportere eos qui contradicere velint, *Nouell. 1. §. ſi vero abſunt.* Cuius hanc adducunt rationem, quod vbi maior pars fortunarum extat, ibi domicilium eſſe contractum *l. 2. Codic. vbi Senat. vel Clariſſ.* Iure porro ciuili non ſolum in ciuili cauſa libellus offerri debuit *d. Nouell. 53. capit. 3.* Idque tam in actione in perſonam *l. fin. Cod. de annal. except.* quam in actione in rem *l ſi in rem. 6. ff. de Rei vindicat.* ſed etiam in cauſa criminali *l. 3. ff. de accuſat. l. 2. C. de his qui accuſ. l. 17. C. de accuſat.*

Lit. C. Sed & hodie regulariter in omnibus cauſis, in quibus in iudicio litigatores inter ſe contendunt, libellus requiritur, ad hoc, vt quid petitum ſit, clarius per ſcripturam conſtet, qua omnia facilius probantur, & vt iudex tanto commodius petitioni proferat ſententiam.

Qu. 62. *Quibus caſibus ſine libello procedatur?* Regulariter dico offerendum eſſe libellum, quoniam ſunt quædam cauſæ in quibus etiam ſine libello proceditur I. Si Epiſcopus inter ſuos ſubditos de cauſis pecuniariis cognoſcit, quia tum ex non ſcripto procedere & cauſas definire poteſt *Nouell. 83. in pr.* II. Si cauſa apud Imperatorem tractatur, quia huius præſentia omnem ſolennitatem ſupplere videtur, *arg. l. 19. pr. C. de teſtam.* III. Si contra iudices depoſita adminiſtratione agatur, quia tum cauſa ex non-ſcripto proponenda & intra 20. dies definienda ac determinanda eſt *l. vnic. in fine. Codic. vt omnium iudic.* IV. Si de rudium viliumq; perſonarum cauſis agatur, quia harum cauſæ ſub compendio, breuiter & ſine ſcripto ſunt iudicandæ, quo citius alterna contentione liberentur, & obtento iure ſuo, primo quoque tempore eo remittantur, vnde venerunt. *Nouell. 17. cap. pr. Nouell 80. cap. 1. in fine.* V. Si cauſæ breues ſint ac modicæ, quæque longiorem indaginem non exigunt *cap. Si quis cum clerico. 11. quæſt. 1. Nouell 17. cap. 3. in verb. breuiores.* Quæ autem ſint cauſæ modicæ, arbitrio iudicis definiendum relinquitur, cum iure non ſit definitum *l. 1. ff. de iure delib.* VI. In omnibus cauſis ſummariis in quibus ſimpliciter & de plano, ſine ſtrepitu & figura iudicii proceditur: nam in his qualis qualis petitio ſufficit *Clem. ſæpe. de Verb. ſignif.* VII. Cum agitur ex ſententia vel ex tranſactione non requiritur libellus, ne executio per oblationem libelli differatur. VIII. Si iudex proprio motu ex officio agit, non opus eſt libello, quia per ſe agit, ſine alterius petitione. IX. Cum inter religioſos de rebus religionis agitur *capit. vlt. de ſtat. Monachor.* X. In cauſa & accuſatione Apoſtaſiæ *l. 4. Codic. de Apoſtatis.* XI. In poſtulando tutore ſuſpecto. *§. conſequens. I. de ſuſpect. tut.* quanquam de hac exceptione valde dubitem, cum adductus. *§. conſequens* nihil quicquam huiuſmodi ſignificet. XII. In notoriis criminibus *l. ea quidem C. de accuſat. l. falſæ monetæ l. 1. Cod. de falſ. monet.*

RESOLVTIO THESIS *Decimæ tertia.*

Lit. A. Qu. 63. *An clauſulæ: Non adſtringens ſe ad ſuperflui &c. vitioſe exordio libelli inferatur?*

INſeri ſolent libello etiam clauſulæ quædam ſalutares, quarum nonnullæ poſt exordium; aliæ poſt facti narrationem, aliæ poſt concluſionem apponi ſolent, & ſalutares dicuntur, quia conducunt ad ſuſtinendum, & ſaluandum libellum.

Poſt exordium addi ſolet clauſula hæc: *Non adſtringens ſe ad ſuperfluam, ſed tantum neceſſariam probationem,* quæ clauſula vſitatiſſima eſt; nec ſua deſtituitur vtilitate: etenim actor plura eodem in libello proponens,

ponens, ad vniuerſorum illorum atque ſingulorum probationem ſeſe obligare videtur, adeo vt ſi non omnia probet, cauſa cadat *capit. licet cauſam. extra, de probat.* Huic igitur incommodo iſta medetur clauſula, efficiturque ea, vt quis illa probare non cogatur, quæ ad ſtatum cauſæ non pertinent, ſed ea ſolum, quæ ad victoriam cauſæ obtinendam ſufficiunt, & quanquam quidam, ſecuti Baldum *in l.5. Codic. de liber. cauſa* opinentur clauſulam hanc vitioſe adiici libello, idcirco quia fruſtra adiiciatur proteſtatio de his, quæ à iuris neceſſitate & non proteſtantis arbitrio dependent: atqui in præſenti adiicitur proteſtatio de eo, quod non eſt in arbitrio proteſtantis, ſed à iuris neceſſitate dependet, quia iure probandi neceſſitas incumbit actori.

Contraria tamen ſententia, quod talis clauſula non vitioſe inſeratur libello, verior eſt: nec admittendum quod hæc clauſula ſit iuri contraria, quia ius imponit quidem probandi onus actori, ſed eorum ſolum, quæ pertinentia ſunt & ad cauſæ ſtatum pertinent, vt dicetur infra *volum.2. diſput. IV theſ.4.lib.6.*

Quocirca cum alias actor non teneatur iure impertinentia probare, otioſe videtur hæc adiici clauſula, *non ſe adſtringens ad probandum non neceſſaria*; nec quicquam operari, quamuis vitioſe & contra iura non addatur.

Lit.B. Qu. 64. *An vitioſe adijciatur narrationi clauſula, ſe hactenus reum de ſolutione amice cōpellaſſe?*

Poſt facti narrationem adiicere ſolet actor clauſulam hanc; ſe hactenus amice reum de ſolutione compellaſſe; at præter ſpem nihil obtinuiſſe.

Quam clauſulam de iure ciuili non eſſe neceſſitatis, ſed ſolum vrbanitatis plane mihi perſuaſum habeo, quia nemo tenetur debitorem ſuum extraiudicialiter interpellare, antequam iudicio ipſum conueniat, quanquam hoc fieri videatur ciuile & humanum, ſed ipſum, etiam nulla præcedente extraiudiciali interpellatione ac denunciatione, in ius vocare poteſt. Tum quod dies ſolutionis interpellet pro homine *l 12. Codic. de contrah. ſtipulat.* adeoque hominis interpellatio non ſit neceſſaria. Tum etiam quia Iuſtinianus diſertis verbis profitetur, nullam hodie denunciationem huiuſmodi extra iudicialem neceſſariam eſſe. §. *Appellamus Inſt. de act.*

Quanquam autem hæc ſententia iuri noſtro ciuili magis conueniat, contraria tamen ſententia vſu eſt recepta: adeo vt pragmatici tradant, in expenſas eum condemnandum eſſe, qui clauſulam iſtam omiſerit.

Lit.C. Qu. 65. *An vtiliter adiiciatur poſt concluſionē clauſula, peto reū veſtra ſententia condemnari?*

Poſt concluſionem apponi ſolet clauſula: *Peto reum veſtra ſententia condemnari & legitimis remediis ad ſolutionem, vel reſtitutionem compelli.* Quam clauſulam exiſtimat Bartolus ſummopere eſſe neceſſariam quia executio ſubſequi nequeat ea non petita.

Sed rectius illi, qui eam otioſam plane & ſuperfluam iudicant, ideo quia petita condemnatione, videatur quoque executio petita, quandoquidem in nullum alium finem condemnatio petitur, quam vt res actori adiudicetur & adiudicata executioni demandetur. *Obrecht. d.c.10.* Adiici quoque ſolet concluſioni hæc clauſula. *Cum pertinentiis ſuis, cum acceſſoriis & inſtrumentis.* quam & ipſam non eſſe neceſſariam, verius eſt; ſufficit quippe tantum rem eſſe petitam reſtitui, quoniam hoc ipſo alia quoque petita eſſe intelliguntur, quia verbum reſtituendi ſignificat rem & cauſam actori reddere, quam is habiturus fuiſſet, ſi ſtatim iudicii accipiendi tempore ei reddita fuiſſet *l. reſtituere. 35. & l. reſtituere videtur. 75. de Verb. ſignif.* Et ſignificat poſſeſſionem, fructus & cauſam omnem præſtare *l. 22. eod. tit.* Item verbo reſtituendi omnis vtilitas Actoris continetur *l. 81. eod. tit.*

Qu. 66. *An vtiliter adijciatur hæc clauſula cum pertinentijs ſuis?*

Itaque qui rem ſibi reſtitui petit, etiam fructus

fructus petit, & qui rem reſtitui iubet, de fructibus quoque condemnationem facit *l. 35. §. 1. ff. de rei vindic.*

Cæterum fructus, qui ante litem conteſtatam percepti ſunt, recte in libello ſpecialiter petuntur, quia ad iudicem ea, quæ ante iudicium contingunt non valde pertinent *l. Aediles 2. §. Item ſciendum. ff. de adilit. edict.*

Qu. 67. Denique ſolet & hæc clauſula, *Saluo iu-*
An vtilis *re addendi, minuendi, corrigendi*, poſt concluſionem ſubiici, quam nihil vltra ius commune operari, ſed otioſam eſſe certiſſimum eſt, quia iure communi certa emendandi ratio eſt introducta, vt in ſeq. Lit D. oſtendetur. Igitur non poteſt per clauſulæ illius proteſtationem tolli, quia vt paulo ſupra dictum eſt proteſtatio de his facta, quæ à iure & non à voluntate proteſtantis dependent, nihil prodeſt.

ſit clauſula ſaluo iure addendi, &c?

Finis huius diſputationis Quartæ.

VOLV.

VOLVMINIS PRIMI
DISPVTATIO QVINTA,

De

Satisdationib. Feriis, Et Dilationibus,

QVÆSTIO I.

I. *Quotuplex ſit cauſa indicio ſiſti?* 314

II. *Quinam diem comparitionis determinet?* 315

III. *An ſatiſdatio iudicio ſiſti fiat etiam pignoribus?* 317

IV. *Quinam de fuga ſuſpectus dicatur?* 320

V. *Anne immobilium poſſeſſores cogantur bona ſua pignerare?* 321

VI. *An iure Saxonico locum habeat reconuentio?* 323

VII. *An cautio iudicatum ſolui remittatur reo locupletiſsimo?* 325

IIX. *Quanam ſint clauſulæ ſatiſdationis iudicatum ſolui?* 326

IX. *Quænam ſit cautio iudicum iuratoria?* 327

X. *An delegatus quoque iudex teneatur iurare?* 329

XI. *Quinam ſaluum conductum poſsit concedere?* 330

XII. *Si magiſtratus ſaluum conductum conceſſerit, ſitne ſeruandus?* 331

XIII. *An ſecuritate promiſſa reus crimen confeſsus aut de eo convictus incarcerari & pœna affici queat?* ibid.

XIV. *Quinam idoneus ſit fideiuſſor?* 332

XV. *Ex cautione iudicio ſiſti ad quid conueniantur fideiuſſores & reus principalis?* 334

XII. *Quibus ferijs poſsint litigantes renunciare?* 337

XVII. *An feriæ ſacræ à magiſtratu tolli & mutari poſſint?* ibid.

XVIII. *Quinam actus prohibeantur die dominica celebrari?* ib.

XIX. *Quot dilationes in ciuilibus ſint concedendæ?* 340

DISPVTATIONIS QVINTÆ

De

SATISDATIONIB. FERIIS, ET Dilationibus,

THESIS PRIMA.

Reſolutio.

Lit. A. ETSI *CAVTIONIS* verbum generale ſit, & alias fideiuſſionem pignoris dationẽ, iuratoriam cautionem & nudam promiſſionẽ contineat, omneq; illud complectatur, quo alicui cauemus eundemque de re aliqua certiorem reddimus: hoc tamen in loco, vbi de iudiciali cautione iudicio ſiſti agitur, cautionis nomen paulò ſtrictius capitur, ita vt ſatisdationẽ fideiuſſoriam, iuratoriam cautionem & nudam promiſſionem ſub ſe complectatur; & ita triplicem eſſe cautionem iudicio ſiſti, docet quoq, *Iuſtin. in §. 2. Inſt. qui ſatiſd. cogunt*. In quo ita ſcribit: *Sed hodie hec aliter obſeruantur: ſiue enim quis in rem actione conuenitur, ſiue perſonali ſuo nomine, nullam ſatisdationem pro litis æſtimatione dare compellitur, ſed pro ſua tantũ perſona quod in iudicio permaneat vſq; ad terminũ litis, vel committitur ſuæ promiſsioni cum iureiurando (quam iuratoriã cautionem vocãt) vel nudam promiſsionem, vel ſatisdationẽ, pro qualitate perſonæ ſuæ dare cõpellitur*: atq; hæc triplex cautio rubrica quoq; tituli qui ſatisdare coguntur, comprehenditur, ſed de hiſce tribus cautionis ſpeciebus infra in *theſi ſecunda* ordine atq; prolixe agetur.

Lit. B. Eſt autem ſatisdatio iſthęc *iudicio ſiſti* actus iudiciorũ præparatorius, quo aduerſarium ſecurum reddim⁹ de eo, quod ſtatuto ac prefinito die in iudicio comparere atq; aduerſario repoſndere velimus.

Etenim olim ſic iure comparatum erat, vt vocatus in ius ſi non ſequeretur ſpõte, vi & obtorto collo in ius rapi atq; ad eum perduci poſſet, qui ius dicturus erat, vt oſtendit *tit. ff. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat*, & nos ſupra in proxima diſput. oſtendimus.

Cæterum quia humanum erat & æquũ, ne iuſta cauſa in ius ſequi præpeditus, vi eo pertraheretur, conſtituit prętor, vt qui iuſtã habeat cauſam quominus ſequatur, ita dimittatur ſi caueat actori ſe p̃ſtituto die compariturum atq; in iudicio reſponſurum, hoc oſtendit *tot. tit. in ff. in ius vocati vt eant, aut ſatiſdent*.

Eſt porro cautio hæc iudicio ſiſti duplex: vna neceſſaria, quam prætor iniũxit; alia voluntaria, quam reus vltrò præſtat *l. 7. §. 1. & l. ſeq. 8. ff. qui ſatiſd. coguntur*: poſſunt enim & ipſi litigantes, adhuc extra iudicium, ſibi mutuo cauere iudicio ſiſti. Differt autem cautio neceſſaria à voluntaria etiam eo, quod in neceſſaria prætor, qui illam exigit, diem aſſignare ſolet quo reus ſe iudicio ſiſtat: in voluntaria vero actor, ſi ſtipulator diem præſtituit; ita noſter autor. Mihi vterius videtur omne cautionẽ iudicio ſiſti eſſe neceſſariam atq; prætoris iuſſu interponi: hoc quippe docet Iuſtinianus disertè in *tit. Inſt. de diuiſ. ſtipulat.* neceſſariam verò in *d. l. 7. §. 1.* eã appellari exiſtimo, quæ præſtari neceſſario debet ex edicto prætoris, ſiue neceſſitas illa ſit pręciſa, ſiue ſit cauſatiua, ſeu ex hypotheſi: voluntariam eam dici cum quis, à prætore iuſſus Quæ. 1. *Quotuplex ſit cautio iudicio ſiſti?*

iuſſus ſatisdare, offert ſe ad cautionem iuratoriam vel nudam promiſſionem. Anton. Faber in *ration. ad d. l. 7.* §. 1. quæ & ipſa authoritate prætoris, & ex quandam neceſſitate præſtatur & certo reſpectu tantum voluntaria dicitur, quamuis à libera voluntate minime proficiſcatur.

Qu. 2. *Quiſnã diem cõparitionis determinet?* Illud certum eſt, quod diem aſſignare ſoleant litigantes: ita Paulus in *l. 8. ff. qui ſatisd. cog. de die ponenda in ſtipulatione ſolet inter litigatores conueniri, ſi non conueniat, Pedius putat in poteſtate ſtipulatoris eſſe, moderato ſpacio de hoc à iudice ſtatuendo.*

Sententia Pauli hæc eſt, inter litigantes ſolere conueniri de die ponenda, in quam reus iudicio ſiſti promittat, ſed ſi de eo die inter eos non conueniat, tunc eſſe in ſtipulatoris ſolius arbitrio, quem diem ponat; ita tamen, vt iudex moderetur ſpacium temporis, ſi forte quod ſtipulatione comprehenſum eſt, anguſtius videatur; quanquam iſta verba *moderato ſpacio*, Cuiacius Triboniano adſcribat.

Huic quod diximus à litigatorib præſtitui diem non obſtat, quod cum hæc ſtipulatio & ſatisdatio iudicio ſiſti ex autoritate prætoris interponatur, vnde & prætoria dicatur *l. 1. §. communes. ff. de prætor. ſtipul.* igitur dies non ſit à litigatoribus, ſed à prætore definienda.

Etſi enim prætoris autoritate interponatur, ſi tamen cõuenerit inter litigatores q.d prætorem ſtatuere oporteat, id ipſum prætor ſequitur *l. 1. §. inde quæritur. ff. oper. nou. nunc.* ſicut & iudex datus in iudicando ſequitur *l. ſi conuenerit 26. ff. de re iudicat.*

Conſimiliter quod dictum eſt, ſi non conuenerit de die inter litigatores, præfinitionẽ diei eſſe in poteſtate actoris, huic, inquam, non obſtat, quod ſi de die non conuenerit, tum locum habeat legitima itineris dinumeratio viginti milliũ diurnorum *l. 1. ff. ſi quis caut. l. 3. ff. de verb. ſignific.*

Reſp. Etenim ſi de die plane non conuenerit inter litigãtes, tum eſt locus legitimæ iſti dinumerationi: atqui in ꝓpoſito actum fuerat inter eos de die, ſed non poterat de illo inter eos conueniri, vt qui diſſentirent, ſic vt aliũ diem probaret reus, alium actor Iul. Pacius *1. antin. 76.* Et ita quoq; Iacobus Cuiacius verba iſta, *ſi non conueniat*, interpretatur *ſi diſſentiant.*

Non etiam obſtat quod hoc caſu, quo de die nõ conuenerit inter contrahentes, nulla & imperfecta ſit ſtipulatio *l. ita ſtipulatus 115. ff. de V. oblig.* nam nos loquimur de ſtipulatione nondum concepta, ſed concipienda: at *d. l. 115.* loquitur de ſtipulatione iam tum concepta, quæ diem non habebat, errore prætermiſſum. Et ſane in *d. l. 8. ff. qui ſatisd. cog. & d. l. 115.* agitur de ſtipulationib. non modo diuerſis, ſed etiã plane contrarijs: nam in *d. l. 8.* ſermo eſt de die ponenda in ſtipulatione iudicio ſiſti: ergo de ſtipulatione nondũ contracta, ſed contrahenda; in qua, cũ vellent contrahentes diem adijci, quo reus ſe iudicio ſiſteret, neq; de ea inter eos cõueniret, quærebatur ex cuius volũtate ſtatuẽdũ de eo eſſet? Ex quo tria licet colligere. 1. Vbi ſtipulat. adhuc nulla eſt. 2. Multò minus diem eſſe omiſſum per errorem, vbi contrahens ſedulo dant operã, vt is dies adijciaĩ. 3. Vtraque de cauſa nõ poſſe dici ſtipulationem eſſe inutilem, cũ nulla eſſet interpoſita, & in ea dies non eſſet omiſſus, cuius omiſſio vitiare poſſet ſtipulationem.

At in *d. l. 115.* omnia ſunt contraria, vt in qua agatur de ea ſtipulatione, quæ iam erat contracta, & interpoſita, omiſſo die per errorem, & cuius omiſſio vitiet ſtipulationem. Giphanius in *lectur. Altorphin ad d. l. 115.* Pari modo non obſtat *l. ſi finita in pr. ff de damn. infe.* quia & illa eſt de ſtipulatione damni infecti iam concepta, in qua per errorem dies omiſſus eſt, in quem finiretur ſtipulatio: at nos, vt dixi, loquimur de ſtipulatione concipienda.

Inſuper ſuperiori ſententiæ non aduerſatur quod in dubio fauorabiliores debẽt eſſe rei, quam actores *l. 125. de Reg. Iur. l. Arrianus 47. Digeſt. de Oblig. & Act.* Igitur

 non

non in actoris,ſed in rei poteſtate eſſe debeat diem ſtatuere.

Reſpondetur vulgo,circa exordium litis fauere iura actori vt inuitum reum in ius vocare, eumque cogere poſſit vt iudicio ſiſtat, vt de ſiſtendo caueat, vt litem conteſtetur; idque ideo, ne ſi rei arbitrio relinqueretur, quando conueniri, quãdo iudicio ſiſti velit,fortaſſe ad Kalendas græcas differat: in medio autem iudicij pariter vtrique faueri, in deciſione vero cauſæ reo maxime faueri Bartol.*in d. l. 8.* Giphanius in *l.125.de Reg. Iur.*

Antonius Faber reſpondet, in ijs,quæ ad iudicia,ſiue conſtituenda, ſiue exequẽda pertinent, magis faueri actori, quam reo, quia iudicium reddatur in inuitum: reus autem ſemper diſſenſurus ſit, ſi eius arbitrio res committatur *l. in executione.87.§.1.de Verb.obligat.*

Alij reſpondent, etſi alias fauorabilior ſit reus,quam actor *l.47.de obligat & Act d. l. 125.* quia tamen in propoſito agitur non de voluntaria, ſed de neceſſaria cautione, quæ reo, etiam inuito & diſſentienti, à magiſtratu vel lege interponitur, & ideo reus ſemper ſit diſſenſurus,ſi eius arbitrio res committatur *l.85.§. 1. de V. obligat.* ideo ex hac ratione aiunt,actoris potius,quam rei arbitrio committi diem definiendam, vt tamen definitio iſta autoritate iudicis cohibeatur.

De verbis iſtis *Moderato ſpacio de hoc à iudice conſtituto in d.l.8.*ambigunt interpretes, ſintne Pauli an Triboniani? Et quod Triboniani ſint, ſtatuunt Iacobus Cuiac. *lib.14.Pauli ad edictum in d.l 8.&.* Antõ. Fab. *ibid.in Ration.* quibus accedit etiam Autor noſter.

Rationes quibus mouentur hæ ſunt, quod cũ autoritate prętoris ſtipulatio hęc iudicio ſiſti interponatur,ſitque prætoria, non iudicis, ſed prætoris ſit ſpatium iſtud temporis: in ſtipulatione determinati: moderari.

2. Quia cum hæc ſtipulatio iuſſu prætoris interponatur, antequam iudex conſtituatur, idcirco inepte hoc tempus moderamini iudicis committatur.

3. Quia ſuperuacua ſit talis moderatio cum prætor iuſſerit vicena millia paſſuum in ſingulos dies dinumerari *l. 1. ff. ſi quis caut.* nimirum quoties de die inter litigatores non conueniret. Ergo etiam eo caſu,quo in poteſtate ſtipulatoris fuerit dicere certam diem.

4. Quia & ablatiui iſti abſoluti adeo familiares ſint Triboniano, vt ipſius manum prodant.

Sed leuiores ſunt iſtæ rationes,quam vt propter eas textui iuris violenta ad moueatur manus & integer verſiculus exinde exterminetur.

Tametſi enim iudex & prætor, iudicialisſtipulatio & ſtipulatio prætoria, ab inuicẽ diſcernantur *tot.tit.ff. de prætor. ſtip. tot.tit.l.de diuiſ. ſtip.*frequentiſſime tamen in iure prætor dicitur iudex,vt in *l.2.ff.ſi in ius vocatus non ierit.l.1.ff.de iudic. l.22.§.eo autem.ff.ſolut.matrim.l.penult.ff.de iudic. rubrica tit. Cod. de Iuriſdictione omnium iudicum.* Proinde in *d.l.8.*per iudicem prętor eſt intelligendus, quia verba ſecundum ſubiectam materiam debent accipi, & impropriari interdum: nam benigne leges interpretandæ ſunt, vt mens illarum conſeruetur *leg. Benignius ff. de legibus.* hinc igitur ad primum & ſecundum Antonij Fabri argumentum facillima eſt reſponſio.

Tertio argumento iam ſupra ſatisfactum eſt,dum oſtenſum fuit quænam ſit vera *d.l.1* ſententia,&quomodo conciliari debeat cum *d.l.8.*

Poſtremum leuiſſimum eſt,& in mera coniectura poſitum, nec prolixiori reſponſione dignum.

Quod ſi per calumniam ſatisdatio fideiuſſoria fuerit petita, vt ſi reus neget actorem immobilia poſſidere, quæritur, vtrumne ſatisdare cogatur, donec de eo docuerit reus? Et res expedita eſt

Digitized by Google

eſt; quod ſi notoria ſit calumnia eaque euidenter appareat, ſatisdationem exigi non debere; tum quia in notoriis fruſtra exigitur probatio: tum quia in *l. ſciendum. ff. qui ſatisd. coguntur.* definitur generaliter, quod poſſeſſores rerum immobilium ſatisdatione non debeāt onerari; abſurdum autem eſſet ad notoriam & euidentem actoris calumniam reum grauari & onerari à iudice ſatisdatione.

Quod ſi vero de calumnia actoris euidenter non conſtat, & incertum eſt vtrum habeat immobilia bona reus, nec ne, interim cauere debet donec de eo doceat.

Lit. C. Satisdationis *iudicio ſiſti*, de qua ſola hoc loco agitur, effectus hic eſt reſpectu actoris, vt ſecurus fiat de reo in iudicio comparituro *l. 1. ff. qui ſatisd. cog.* reſpectu vero rei, vt non poſſit violenter in ius duci, ſed hac præſtita cautione ſit dimittendus. *l. 5. §. 1. ff. d. tit.* adeo vt ſi reum, ſatisdationem idoneam offerentem, in ius rapere perrexerit, iniuriarum teneatur: ita Caius: *Qui pro rei qualitate euidentiſſime locupletem vel, ſi dubitetur, adprobatum fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa non acceperit; iniuriarum actio aduerſus eum eſſe poteſt; quia ſane non quælibet iniuria eſt, duci in ius eum qui ſatis idoneum fideiuſſorem det, ſed & ipſe fideiuſſor qui non ſit acceptus, tanquam de iniuria ſibi facta queri poterit. l. 5. ff. qui ſatisd. cog.*

Litera D. & E. Satisdationem porro, ait noſter Treutler. reſpicere vel perſonas ipſas litigantes, vt cautio iudicio ſiſti & rem ratam haberi, vel rem ſiue litem ipſam, vt cautio iudicatum ſolui.

Veruntamen hæc plane à propoſito noſtro aliena ſunt; cum hîc, vt & in *tit. qui ſatisd. cog.* non agatur de ſatisdatione rem ratam haberi & iudicatum ſolui, ſed de ſola ſatisdatione iudicio ſiſti, qua reus liberetur à violenta in ius ductione.

Resolutio Thesis Secundæ.

Tripliciter fieri cautionem ſatisdatione, iureiurando, & nuda promiſſione, ſupra dictum fuit. *Lit. A.*

Qu. 3. An ſatisdatio iudicio ſiſti fiat etiā pignorib. De ſatisdatione vtrum fideiuſſoribus duntaxat an vero etiam pignoribus fiat, non conuenit inter interpretes iuris noſtri?

Verior tamen illorum videtur opinio, qui ſtatuunt, ſatisdationem hanc iudicialem iudicio ſiſti fideiuſſoribus duntaxat, non etiam pignoribus fieri.

1. Quia in *l. 1. ff. qui ſatisd. cog.* dicitur ſatisdatione fieri *datis fideiuſſoribus.* Imperfecta eſſet hæc definitio, ſi ſatisdatio pignoribus quoque fieri poſſet.

2. Quia prætoriæ ſatisdationes fideiuſſoribus duntaxat fiunt, pignoribus autem fieri nequeunt *l. 7. Dig. de ſtipulat. Prætor.* in qua Vlpianus: *Prætoriæ ſatisdationes perſonas deſiderant pro ſe intervenientium & neque pignoribus quis, neque pecuniæ, vel auri vel argenti depoſitione inuicem ſatisdationis fungi poteſt*: Atqui ſatisdationem iudicio ſiſti eſſe pretoriam, extra omnem controuerſiam poſitum eſt, idcirco pignoribus fieri nequit.

Non obſtat primo, quod idoneam cautionem præſtare cogatur reus *l. 1. 2. & 5. §. 1. ff. qui ſatisd. cog.* idonea verò cautio fiat fideiuſſoribus aut pignoribus *l. 59. §. final. ff. mandati:* in qua dicitur cautionem idoneam non eſſe præſtitam, vbi neque fideiuſſor, neque pignora data ſunt: vnde argumento, à contrario ſenſu deducto, colligitur idoneam eſſe cautionem, cum aut fideiuſſor, aut pignora data ſunt.

Reſpond. nam in *d. l. 59. §. final.* agitur de cautione, non vero de ſatisdatione: cautionis verbum eſſe generalius & ſub ſe non ſolum fideiuſſores, ſed & pignora

Digitized by Google

nudamq; promiſſionem continere: ſatisdationem autem non fieri, niſi datis fideiuſſorib. *d. l 1. ff. qui ſatiſd. cog.* Deinde diſtinguendum eſt inter ſatisdationem ciuilem & prætoriam; illa fieri poteſt fideiuſſoribus vel pignoribus. Hæc vero ſolis fideiuſſoribus *d. l. 7. ff. de ſtipulat prætor.* Etenim ſtipulationes prætoriæ hoc habent ſpeciale, quod non niſi fideiuſſoribus fieri queant: non ſolum quia ſuam peculiarem formam ex prætoris iuriſdictione accipiunt *l. 52. ff. de Verb. Obligat.* Verum etiam quia prætor, non ſolum ſecuritatis cauſa, ſed & ob facilitatem conueniendi ſatisdationem exigit *l. 2. pr. Dig. qui ſatiſd. cog.*

Non obſtat ſecundo quod plus cautionis in re ſit, quam in perſona *l. 25. ff. de Reg. Iur.*

Nam etſi hoc verum ſit, quoad ſecuritatem crediti, prætor tamen fideiuſſores idcirco deſiderat, quod facilius fideiuſſor circumueniri, quam diſtrahi pignus poſſit, quia pignus non ſemper emptorem inuenit, & non, niſi poſt multas ambages diſtrahi poteſt. Et quanquam Weſenbec. exiſtimet hanc rationem hodie ceſſare, poſtquam fideiuſſorib. datum eſt excuſſionis beneficium *Nouell. 4.* Ex poſterioribus tamen & recentioribus conſtitutionibus quæ *d. Nouell. 4.* ſecutæ ſunt, ſatisdationes prætoriæ fiunt tantum fideiuſſoribus *Nouell. 53. cap. 2. & 3. §. 2. Nou. 112. c. 2.*

Obijcitur denique huic ſententiæ *leg. 1. §. 9. Digeſt. de collat. bonor.* vbi ita Vlpianus: *Iubet autem prætor ita fieri collationem, vt recte caueatur: caueri autem per ſatiſdationem oportere Pomponius ait. An pignoribus caueri poſſit? videamus? Pomponius libr. 79. ad edictum ſcripſit & reis, & pignoribus caueri de collatione, & ita ego quoque puto.* Quare cum & pignoribus recte caueatur, ratio nulla eſſe videtur, quare cautio iudicio ſiſti non poſſit fieri pignoribus.

Sed reſpondetur in *d. l. 1. §. 9.* agi quidem de prætoria ſatisdatione. Veruntamen cum illic prætor expreſſe permittat ſatisdationem fieri pignoribus, idcirco exceptionem à regula *d. l. 7. de prætor ſtipulat.* continere.

Non obſtat *l. 21. §. fin. de conſtit. pecunia.* in qua dicitur: *ſi quis conſtituit ſe ſatiſdaturum, fideiuſſorem vel pignora det: non tenetur, quia nihil interſit quemadmodum ſatiſfaciat.*

Ecce hîc dicitur ſi quis promiſerit ſatisdare & vel pignora dederit, vel fideiuſſores non amplius teneri, ſed liberatum eſſe, quia nihil interſit, quemadmodum ſatisfaciat.

Ex quo perſpicue colligitur quod ſatisdatio etiam pignoribus poſſit fieri.

Sed hoc, vt dixi, non obſtat, quia *d. l. 21. §. 1.* non loquitur de ſatisdatione prætoria, ſed de ſatisdatione conuentionali: ſolius prætoriæ proprium hoc eſt vt fideiuſſoribus fiat.

Poſtremò non refragatur quod ad euitandam fideiuſſionem ſufficiat, poſſidere bona immobilia *l. 15. pr. ff. qui ſatiſd. cog.* multò magis ſufficere debeat pignora tenere.

Reſp. nam conſequentia huius illationis admodum imbecillis eſt, quia plenius videtur cautum immobilibus, vt in quæ facilior ſit executio, quæque tam facile non intereant atque mobilia bona. Hodie ſanè noſtris moribus ſatisdationem iudicio ſiſti etiam pignoribus fieri poſſe, plane dubitandum non eſt, praxis ſiquidem & experientia quotidiana ſatis ſuperque id comprobat.

Iuratoria cautio admittitur primò propter perſonarum DIGNITATEM, Deinde propter neceſſitatem. Weſenb. *in paratitl. qui ſatiſd.* Lit. B.

Propter dignitatem admittitur iuratoria cautio, ſi perſonæ illuſtres ſunt; cautum hoc eſt expreſſa conſtitutione Impp. Theodoſ. & Honon. in *l. pen. Cod. de dign.*

vbi

vbi in hæc verba reſcribunt : *Quotiens ex priuata cuiuslibet interpellatione, ciuili vel criminali, viri illuſtres conueniendi ſunt nulla danda fideiuſsionis concuſsione vexentur. ſed per ſpeciale priuilegium ſua committi fidei conſequantur, iuratoria tantummodo cautione ab his exponenda, &c.*

Quanquam Iulius Clarus, loco ab Autore allegato, & eum ſecutus Heringius teſtentur ſententiam hanc non amplius obtinere in praxi, ſed hodiernis moribus etiam Nobiles ad fideiuſſoriam cautionem teneri.

Propter neceſſitatem admittitur ad iuratoriam cautionem, qui nec fideiuſſores, nec pignora dare poteſt.

Cautum hoc eſt in Authentica *Generaliter C. de Epiſcop. & Cleric.* in verbis, *Aut ſi fideiuſſorem non dare valet, ſuper hyſdem iuratoriam exponat cautionem, & tactis ſacroſanctis Euangelys adfirmet, ſe fideiuſſorem dare non poſſe*, idem quoque probat *Nouell. 112. c. 2.* vnde prædicta Authentica excerpta eſt.

Iuris-iurandi autem huius duo ſunt capita: Primum vt litigator iuret, ſe fideiuſſores inuenire idoneos, quantumuis, ſumma adhibita diligẽtia, nequiuiſſe. Deinde ſe iudicio ſtaturum eaq; ſancte facturum de quibus cauere debuiſſet Weſenbec. *d. tit. qui ſatisd. cog.*

Ratio autem cur hæc admittatur cautio, eſt illa, quod interſit ipſius actoris hoc caſu iuratoriam cautionem admitti, ne alias per difficultatem inueniendi fideiuſſores, differantur iudicia & paupertas debitoris obſtet agenti, quominus ius ſuum mature conſequatur.

Sed vtrumne etiam in criminalib. hæc admittatur cautio, porro quæritur? affirmat Weſenbec. in *d. tit. qui ſatisd. cog. nu. 10.*

1. Quia cum exigatur cautio, talis peti intelligatur qualis à reo præſtari poteſt, per Gloſſam in *cap. ex parte. 23. ad verb. pro contumacia. de Verb. ſignif.* cum ad impoſſibile nullus obligetur *l. impoſſibilium. d. R. Iur.*

2. Quia, vt dictum, eſt ipſius actoris intereſt eiuſmodi cautionem recipi, cum alioquin nõ poſſit vlterius in cauſa principali procedi. Vt autem procedatur, nec per has dilatorias cautiones mora impedimentumque rebus agendis creetur, magis intereſt actoris, ius ſuum perſequentis, quam rei, qui fugere & extrahere litem, quantum poteſt, ſolet. *leg. properandum. §. 2. Cod. de iudic.* & cuius bono omnis cedit dilatio. Et huic ſententiæ etiã autor noſter ſubſcribere videtur.

Quæ tamen mihi non ita generaliter admittenda videtur, vt in cauſa criminali quemuis admittere iudex teneatur ad iuratoriam cautionem ſi fideiuſſores non poſſit inuenire, quibus caueat quod ſe iudicio ſiſtere velit: ſed prudens ac diſcretus iudex æſtimabit ex perſonarum qualitate, anne reus in cuſtodia retinendus inue eam recipiendus, an verò ſub cautione iuratoria ſit dimittendus.

Pro qua ſententia expreſſus eſt textus in *l. 1. ff de Cuſtodia exhib. reor.* vbi in hæc verba Vlpianus ſcribit: *De cuſtodia reorum proconſul æſtimare ſolet, vtrum in carcerem recipienda ſit perſona, an militi tradenda, vel fideiuſſoribus committenda, vel etiam ſibi:* hoc autem vel pro criminis quod obiicitur qualitate, vel propter honorem, vel propter ampliſſimas facultates, vel pro innocentia perſonæ, vel pro dignitate eius, qui accuſatur, facere ſolet.

Quod ſi tamen de fuga ſuſpectus ſit reus, vt in criminalib. ſuſpectus præſumitur, tum aut incarceratur aut arreſtatur; pro qua ſententia textus in *l. 7. §. fin. ff. qui ſatisd. cogunt.* in qua Vlpian: *ſi ſatisdatum pro re mobili non ſit, & perſona ſuſpecta ſit, ex qua ſatis deſideratur; apud officium deponi debebit, ſi hoc iudici ſederit, donec vel ſatisdatio detur, vel lis finem accipiat.*

Idem in *l. litibus C. de Agricol.* ſancitur. Cæterum arreſtum hoc relaxatur ſatisdatione fideiuſſoribus, aut, ſecundum hodier-

diernam conſuetudinem, pignoribus facta, per textum in *l. ſi fideiuſſor. §. fin. ff. qui ſatisd. cog. l. 5. C. de offic. Præſid. l. fin. C. de ordin. cognit. d. l. litibus. C. de agric.* quod tamen duobus caſibus non procedere monet Coraſius 1. Si arreſtum aut ſequeſtratio fieri deberet, vt vitaretur ſcandalum; 2. ſi fieret ob eiuſmodi cauſam, quæ per ſatisdationem non ceſſet, non relaxatur arreſtum ſatisdatione, ex hac ratione, quia ſatisdatio propoſitum maleuolum non mutat. *§. nouiſſime. Inſtit. de ſuſpect. tutoribus.*

Huius verò exceptionis optimum fundamentum eſt in *cap. ex tranſmiſſa. & cap. Literas. §. final. de reſtitut. ſpoliat.* vbi tanta viri ſæuitia eſſe poteſt, vt marito reſtitutionem coniugis petenti, etiam cum cautione non reddatur vxor.

Qu. 4. *Quinam de fuga ſuſpectus dicatur?*

Quinam autem de fuga ſuſpectus ſit, dictum eſt præcedenti diſputatione, & quidem de hac quæſtione non vna eſt eademque Dd. opinio.

Sunt enim permulti, qui exiſtiment hoc definiendum eſſe iureiurando creditoris; tum quia modici ſit detrimenti concedere arreſtum vel prehẽſionem, ſiue capturam, ſatis ergo ſit ſuſpicionẽ hãc iureiurando creditoris probari *l. Theſaurus. ff. ad exhibend.* tum quia ſi periculũ eſt in mora, ne ſcilicet debitor fugiat, qualemcunque probationem admittendam eſſe: ita Innocentius in *cap. quoniam frequenter. Vt lite conteſtata.*

Sed reijcit hanc ſententiam Menoch. tum quia prehenſio, vt & arreſtatio realis ſit res maximi præiudicij, infamet aliquem apud graues viros, & irreparabile damnũ adferat, tum etiam quia tum demum iuramento creditoris fides haberi debeat quando debitor, ſeu reus non ſolum eſt de fuga ſuſpectus, ſed etiam iam tum in fuga eſt.

Secunda igitur opinio eſt illorum, qui ſtatuunt ſuſpicionem hanc fugæ coniecturis eſſe probandã Bartol. in *l. ait prætor. §. ſi debitorẽ. ff. de his quæ in fraud. cred.* Bald. *in rubric. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* easque coniecturas eſſe in arbitrio iudicis poſitas, vt quæ nullibi ſint determinatæ ac definitæ in iure *arg. l. 1. ff. de iure delib.* & textus eſt in *l. 6. §. fin. ff. qui ſatisd. cog. in verb. ſi hoc iudici ſederit.*

Et quanquam Accurſius opinatus fuerit vnam coniecturam ſuſpicionis ex eo eſſe ſumendam, ſi nulla immobilia poſſideat debitor. Rectè tamen hoc poſt Baldũ & Curtium reijcit Menochius, ſtatuens hoc ſolum non facere aliquem de fuga ſuſpectum, quod nulla poſſideat immobilia. 1. Quia alias fruſtra relinqueretur arbitrio iudicis cõiecturas ſuſpicionis definire, ſi iam tum in iure eſſent definitæ. 2. Quia fieri poteſt vt debitor nulla immobilia poſſidens, poſſideat multa mobilia, quæ tam facile non poſſit abſportare, & quę ipſum à fugæ ſuſpicione defenderẽt. 3. Quia tanta poteſt debitoris eſſe probitas fides & vt quamvis nulla habeat immobilia; non tamen de fuga ſuſpectus haberi poſſet.

Proinde iudicis diſcretioni & arbitrio æſtimandum relinqui debet, quænam vera & ſufficiens ſit ſuſpicionis cauſa.

Niſi igitur ſuſpectus ſit de fuga, admittendus erit reus ad iuratoriam cautionem.

Equidem nouiſſima conſtitutione criminali Caroli Quinti quæ extat *art c. 4.* cautum eſt, ne accuſator ad cautionem iuratoriam in defectum fideiuſſorum & pignorum admittatur, ſed vna cum reo incarcerari debeat: verba conſtitutionis hæc ſunt: *Alſo vnd dievveil der Anclåger gemelter Bürgſchafft nicht gehaben mag, vnd doch dem ſtrengen peinlichen Rechten nachfolgen vvolte, So ſoll er mit dem Beclagten, biß nach Endung vorangezeigter redlicher Ausführunge, im Gefengnus oder Vervvahrung nach Gelegenheit der Perſon vnd Sachen, gehaltten vverden, vnd dem Anclåger,*

ger, auch dem, der ſein entſchuldigũg aus führen vvolt, ſolt gegünt vverden, das die leut, ſo ſie Zur Bürgſchafft oder bevveiſung vvie obſtehet, gebrauchen vvollen, zu vnd von jhm vvãdeln mögen. So auch die anklag võ vvegen Fürſten, Geiſtlichen perſonen, oder gemeiner, oder ſonſt hoher perſonen gegen den die geringers ſtandes ſein geſchicht, in ſolchem fall, mögen ſich andere perſonen vngefehrlich nicht geringerer achtung, dan der beklagt an jhr ſtadt neben der beklagten gefanglich legẽ oder vervvaren laſſen. Vndt ob auch dieſelb eingelegte perſon ſonſt Bürgſchafft geben vvolte, vvie obgemelt, das alſs dan dieſelb perſon, jhrer gefangnus erlediget vverden ſoll.

Quod verũ ad reum quoq; extendẽdũ ſit, nõ immerito dubitaretur, cum in reo maius ſit periculum fugæ atq; in accuſatore? Æquius tamen eſt ad reũ prędictã iſtam cõſtitutionẽ extendendam nõ eſſe, quia non ſolum noua & correctoria eſt, cuiuſmodi conſtitutiones ſtrictiſſimã interpretationẽ recipiũt, verumetiã pœnalis eſt & odioſa atq, ita dura vt Weſenbecius ſcribat opinionem contrariã, ꝙ ſcilicet accuſator, deficientibus fideiuſſorib⁹ & pignoribus ſit admittendus cũ iuratoria cautione, pluribus ſentẽtiis receptam eſſe, ne pauperes ob inopiã cautionis deſiſtere accuſationibus & perſequendis ſuis iniuriis cogerentur.

Lit.C. Nudę promiſſioni committuntur immobiliũ rerũ poſſeſſores *l. 15. ff. qui ſatiſd. cogunt.* nec vlla ſatisdatione aliaue cautione onerantur. Hoc vero ideo, quia pro prędiis ſufficiunt prædia, in quorum poſſeſſionem mittatur creditor, ſi reus in ius vocationẽ ſpernat *l. heres abſens. §. 1. de iud.*

Requiritur autem primo, vt bona iſta immobilia ſint in eodem territorio atq; ſub eodem iudice ſita, ſub quo litigatur. Weſenbecius in *paratitl qui ſatisd. cog. n. 11.* quo facilius in bona iſta immobilia iudicati poſſit fieri executio. Secundo, Vt nõ quocunq; iure & qualitercunq; poſſideat bona iſta, ſed vt ſuo iure atque irreuocabiliter, iure dominij vtilis vel directi poſſideat. *d. l. 15.* Tertio, Vt bona immobilia pro quantitate & æſtimatione rei petitæ, & quantum ad executionem rei iudicatę ſatis eſt, poſſideat.

Sed num & hoc requiritur vt res iſtas immobiles oppignoret debitor? ita ſtatuit Antonius Faber; non eſſe credendũ, inquiẽs, poſſeſſorem immobilium aliter eximi à ſatiſdandi neceſſitate, quam ſi cauerit & bona ſua omnia etiam mobilia obligauerit. Sed cõtra Weſenbec. huiuſmodi pignerationem plane neceſſariam non eſſe ſtatuit: tum quia executio in ea bona nihilominus fieri poteſt, etſi nõ ſint oppignerata, tum quia in *d. l. 15.* requiritur ſolum vt reus poſſideat bona immobilia, vt vero eadem quoq; oppigneret creditori, minime requiritur.

Qu. 5. Anne immobiliũ poſſeſſores cogãtur bona ſua pignerare?

Sed dicat aliquis abſurdũ eſſe ſatisdationem remitti illi, qui bona immobilia poſſideat, nõ autem ab onere ſatisdationis ſubleuari, qui bona immobilia oppignerauerit.

Veruntamen conſiderandum eſt, ꝙ ſi bona immobilia non ſint ſub iudice iſto, ſub quo litigatur ſita, etiãſi oppignerata fuerint, nõ tã facile poſſit in illa fieri executio iudicati; at ſi ſub eodem iudice immobilia bona poſſidẽtur, oppigneratione, vt diximus, penitus nulla opus eſt; vt autẽ bona mobilia vna cum immobilib⁹ oppignerẽtur, inauditũ eſt, nec vlla lege aut principis conſtitutione cautũ legitur.

Minus requiritur vt iuratò ꝓmittat de ſiſtẽdo, q bona immobilia poſſidet: quãquam n. Iaſon & Fulgoſius in ea fuerint opinione, ꝙ à poſſeſſorib⁹ rerũ immobiliũ iuratoria cautio ſit exigẽda: id tamen nõ probãt, & mea opinione ſolide refutãtur ex rubrica *tit. qui ſatisdare coguntur, vel iurato promittũt, vel ſuæ promiſſioni cõmittũtur.* vbi illi, qui ſuę ꝓmiſſioni cõmittũtur, quales ſunt rerũ immobiliũ poſſeſſores, expreſſe opponũtur illis, qui iuratò promittunt.

Digitized by Google

Hos inſuper etiã diſtinguit Imperator in *§. 2. Inſtit. de ſatiſd.* Vt taceam quod, cum illi, qui nec pignora, nec fideiuſſores habere poſſunt, ſub iuratoria cautione admittantur, nihil prærogatiuæ haberent illi, qui bona immobilia poſſident.

Lit. D. Quocirca ſi bona immobilia poſſideat reus ſatisdatione non oneratur, nec iuratoria cautio ab ipſo exigitur.

Alioquin ſi lex exigat ſatisdationẽ, ꝓ regula tradit Autor noſter ꝙ fideiuſſor tunc ſit dãd⁹, ſiue fideiuſſoris expreſſa fiat mẽtio, ſiue non, per *l. 1. ff. qui ſatiſd. cog.* in qua Gaius ſatiſdationem definiens, *ita*, inquit, *ſatiſdare dicimur aduerſario noſtro qui pro eo, quod à nobis petijt, ita cauit, vt eum hoc nomine ſecurum reddamus, datis fideiuſſoribus.*

Sed hãc regulã non puto in genere de quibuſcunq; ſatisdationib⁹, ſed de ſatisdationib. dũtaxat prætoriis intelligẽdã *l. 7. ff. de pretor. ſtipul.* Nã de ciuilib⁹ & cõuentionalibus ſatisdationibus cõtrarium dicẽdũ eſt ex *l. 59. ff. mandati l. 21. §. fin. ff. de Conſtit. pecun.* vt paulò ſupra oſtenſum fuit.

RESOLVTIO THESIS Tertiæ.

Lit. A. IN arbitrio litigatorum eſt, vtrũ per ſe experiri velint, an vero per procuratorẽ *Inſt. tot. tit. per quos agere.* exceptis quibuſdã perſonis, quæ ipſę non habent legitimam perſonam ſtãdi in iudicio ſine procuratore vel curatore, ad litẽ dato: quales ſunt iure Saxonico fœminæ, iure ciuili pupilli atque minores 25. annis *tot. tit. C qui legitim. perſon. ſtandi.*

In Camera Imperiali ſine procuratore in propria perſona in iudicio experiri neminẽ poſſe, oſtẽdit expreſſ. Ordinatio Cameræ Imperialis *part. 1. tit. 19. & ſequent.*

Lit. B. Quod ſi per procuratorẽ quis experitur, ſatisdatio omnino requiritur, quoniã nemo eſt idoneus defẽſor ſine ſatisdatione. *l. 110. §. 1. l. 166. de R. Iur. §. pen. Inſt. de ſatiſd.* ꝙ de duabus ſatisdationib. intelligendũ eſt, nimirũ iudicatũ ſolui & iudicio ſiſti *l. 26. de minor. l. 3 §. fin. ff. ret. amot. l. 17. ff. de accuſat.* Nã Cautio rati nõ ſemper exigitur à procuratorib. & defenſorib⁹, vt mox dicetur.

Quod ad actoris perſonã attinet, olim quidẽ ſatisdare nõ cõpellebatur vt Iuſtin. ſcribit in *pr & §. 1. Inſt. qui ſatiſd. cog.* ſed iure Iuſtiniani Imperatoris Actor, quocunq; modo agat, ſatisdare cogitur ſe intra duos mẽſes, à tẽpore porrecti libelli, litẽ cõteſtaturũ, aut ſi hoc nõ egerit, omnẽ dãnum eueniens conuento reſtituturũ *Nouell. 92. c. 1. Authentic. libellum C. de litis conteſtat.* Lit. C. & D.

Lit. E. Secũdo cauere debet actor ſuo nomine, quod ad finẽ vſq; iudicij in lite ſit permãſurus, cautũ hoc eſt in *Authent. quod fieri C. de dilat.* cuius hæc ſunt verba: *Quod fieri nõ debet niſi actor ſatisdederit certam promittens quantitatẽ ſe daturũ, ſi litẽ non exequatur aut exequẽs nõ vincat cauſam: Si igitur poſt tẽpus à ſe cõſtitutũ, intra decẽ dies reo præſente non occurrat, dimittatur reus, exacto eo, quod promiſſum eſt, & ſi quid circa litem plus impendiſſe cũ taxatione iudicis iurauerit* Quę Authentica deſumpta eſt ex *Nouell. 53. c. 1.*

Iure Saxonico exigitur præſtatio Guarandæ: *daß der kläger die gevvachs der Clage angeloben muß*, de qua alibi.

Lit. F. Tertio & poſtremo cauere debet actor, ſi contingat ipſũ ſuccumbere, ꝙ impẽſas ſoluere velit, decimã nẽpe partem eius, ꝙ libello cõtinebatur. Aperte hoc ſancitum eſt in *Auth. generaliter. C. de Epiſc. & Clericis:* vbi ita ſcriptũ eſt: *Generaliter autẽ iudex ꝓuideat libellũ pulſato nõ porrigi ſportulasve ab eo nõ exigi, niſi pri⁹ & in libello actor per ſe, aut per tabularios conſcribat, & actis interuenientibus, fideiuſſorẽ idoneũ, periculo cõpetentis officij præſtet, quod vſq; ad finẽ litis permaneat, eãq; vel per ſe, vel per procuratorẽ exerceat, & ſi cõuictus fuerit iniuſte mouiſſe litẽ, expẽſarũ ſumptuumq; nomine decimã partẽ quantitatis, in libello comprehenſa, pulſato reſtituat, &c.*

Lit. G. Atq; hæ ſatisdationes introductæ ſunt partim ad maturãdas & abbreuiãdas lites, quas abbreuiari publice intereſt *l. properãdũ C. de iud.* partim etiã ad actorũ calũnias coercendas.

Quas

Quas tamen cautiones remitti actori, immobilia poſſidenti, notat Speculator, caſq; ex vſu hodie ferè receſſiſſe nec morib⁹ noſtris perinde ampli⁹ obſeruari, teſtatur Autor noſter, eiuſq; hãc rationẽ adducit, quia alias egeni homines nunquã poſſent ſuum cõſequi, ſatisdatione deſtituti.

Quanquã hoc cõſuetudine adhuc obtineat, vt condẽnandus ſi causã litigãdi ꝓbabilẽ non habuerit, non modo ad expẽſarum, ſed vniuerſalis dãni refuſionem teneatur, in quam finẽ addi ſolet clauſula in libello, *mit erſtattung koſtens vnd ſchadens*, de quo damno plura dicentur infra *part. diſput. 23. theſ. 2. lit. A. in fine.*

Iure Saxonico niſi actor poſſideat immobilia, tenetur cauere de expenſis & reconuentione, *er muſs vorſtandt beſtellen vor die* expens *vnd zur vvieder klage* Landr. *lib. 2. artic. 4. & 9.*

Nam cum eo iure cum recõuentio ex eadem cauſa riginẽ trahens inſtitui à reo contra actorem non poſſit, niſi cauſa cõuentionis finita; ideo reus ab actore in illum euentũ, hoc iure poſtulare ſolet eiuſmodi cautionẽ, *Damit er vviße, vvas er ſich auf den fall dem Clager zuerkanter koſten vnd erhebener jegen Clage hernacher erholen ſolle.* Quæ cautio euẽtualis, cum aliter pręſtari nequit, impletur depoſitione vnius Werengeldi, hoc eſt, 34. aureis, quos Saxones Scockos vocant, Weſenb. *in paratit. ad l. Cornel. de ſicar. n 16.*

Qu. 6. *An iure Saxonico locum habeat recõuentio?* Sed vtrumne iure Saxonico locus ſit reconuentioni, id quod modo attingebatur, non eſt ſatis expeditum.

Pro negatiua n. facit *art. 12. lib. 3. Landtrecht.* cuius hæc ſunt verba: *VVelcher mann auf einen klaget, vnd einer vvieder auf ihn, der võ erſtẽ klaget, der darff dem andern nicht antvvorten, er ſey dan erſt ledig von jhme*, hoc eſt, Qui agit aduerſus aliquem, & ſi ille è conuerſo contra ſuum voluerit experiri actorem, poſterioris actio, niſi priore diſcuſſa, non audiatur.

Accedit ꝙ Gloſſa & Zobelius ad *d. art. 12.* clare atteſtentur ita in iudiciis Saxonicis exacte obſeruari & pronunciari. Idẽq; teſtatur Weſenbec. *de compẽſat. n. 9. in fine.* Cõſuetudo autem, vt & rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum autoritas imprimis attendẽda eſt, cũ de interpretatione legis ambiguæ quæritur *l. 37. & ſeq. ff. de legib.*

Quin & ſtatuta aliter non obtinent, quã quatenus conſuetudine approbata reperiuntur, Hartmann. Piſtor. *lib. 2. q. 26. n. 18.*

Sed pro cõtraria & affirmatiua ſentẽtia, quod iure etiam Saxonico locũ habeat reconuẽtio, probat *art. 61. lib. 1.* vbi ita ſcribitur: *Vbi quis aliquem conuenerit ibi & licite reconuenietur. VVo der Mann recht fordert, da ſoll er rechts pflegen vnd helffen.*

Et in *artic. 79. lib. 2.* vbi quis aliquem cõuenit, ibi licite reconuenietur, ſi actio in duellum minime extẽdatur, *VVo der Mann klaget, da muß er vvieder antvvortten, ob man vvieder auf jhn klaget, ohne zukampffvvarts.* Et in hanc poſteriorem ſententiam procliuior ſum.

Non obſtat *d. art. 12. lib. 3.* Nã ad cũ textum bene Giſebertus reſpõdet non ipsũ aſſerere ꝙ recõuentio nullatenus inſtitui poſſit; ſed quod non pri⁹ cõpellatur actor libello reconuẽtionis reſpondere, quam cauſa cõuentionis per ſententiam ſit diſcuſſa, atq; ita non ipsã præciſe reconuentionẽ, ſed ei⁹ perſecutionẽ interim, donec cauſa reconuẽtionis ſit ꝓfligata inhibere, eiuſq; proceſſum ſeu cognitionẽ tantiſper ſuſtineri. In ſumma: reconuentionẽ eiuſq; effectũ iure Saxonico prohibitã nõ eſſe, ſed tãtum eius perſecutionẽ, ꝙ nõ ſtatim poſſit reus motam cõuentionem exequi.

Et de hac ꝓſecutione intelligẽdi quoq; ſũt Autores ſupra citati, aſſerẽtes, iure Saxonico nõ habere locũ recõuentionẽ, ſic, vt velint proſecutionẽ eius tãtiſper differri, donec iudiciũ conuentionis ſit peractũ.

Etſi porro actor in eodem territorio eodemq; iudicio, in quo agit, non poſſideat bona immobilia, modo ſub eodem magiſtratu, ſeu Principe, à ſatisdatione releuabitur. Weſenb. *qui ſatisd. cog. n. 11.*

Pro qua ſentẽtia textus eſt in *l.7.§.1.ff. qui ſatisd.cog.* vbi Vlpian.ita ſcribit. *Si neceſſaria ſatisdatio fuerit, & nõ facile poſſit reus ibi eam præſtare, vbi conuenitur poteſt audiri, ſi in alia eiuſdem prouinciæ ciuitate ſatisdationẽ præſtare paratus ſit.*

Hic ſatiſdatio idonea iudicatur & ſufficiens, qua cauetur actori, fideiuſſore in alia etiã ciuitate, quã in qua agitur, eiuſdẽ tamẽ prouinciæ, cõſtituto: quocirca idonee quoq; cautũ intelligitur, ſi reus vel actor bona habeat immobilia eadem in prouincia, ſub eodemque principe ſita, quamuis in alio iudicio ſeu territorio, quam in quo litigatur.

Et ratio quoq; expedita eſt, quia videlicet executio iudicati in bona iſta immobilia facienda non retardatur, ſi ſub eodẽ ſint principe ſub quo litigatur.

Quod ſi ſpe tãtũ poſſideat rẽ immobilẽ, vt ſimultaneè inueſtit⁹ ſit à cautione ipſũ non releuari certiſſimũ eſt, quoniã in effectu nihil adhuc poſſidet: ſic n. nec creditor, licet ſpẽ habeat obtinendi dominij rei ſibi debitę *tot. tit. C. de iure dom. impetr.* ſatisdare tñ tenetur *l.15.§.2.ff. qui ſatiſd. cog.*

Hodie in criminalib. actorẽ iuratoriæ cautioni nõ amplius cõmitti, ſed aut fideiuſſorẽ dare idoneũ, vel ſimul cũ reo incarcerari oſtẽdi ſupra ex *Ord. Crim. art.14.*

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Lit. A. ATque hacten⁹ de ſatisdatione actoris dicta procedũt, quãdo ordinario iudicio actũ eſt: nã ſi extra ordinẽ, veluti ſi reſcripto principis, vel alio modo, extra ſuũ forum reus euocetur, tũ actor in termino vel die pręfixo cõparere & ſub certa pęnæ qualitate, per iudicẽ taxãda, litẽ terminare cogitur, ꝙ ſancitũ eſt ab Imp. Iuſtiniano in *Nou 53. c.2.* cui⁹ hæc sũt verba: *Quia vero ab actoribus fideiuſsiones plerumq; nouimus hic datas tãquã in exhibẽdis perſonis; ſi vero in aliã deducãtur prouinciã, forte declinare hãc obſeruationẽ; ſancimus his iudicẽ aut glorioſiſsimũ quæſtorẽ ſacris noſtris miniſtrantẽ literis, ſi quid tale agere iubeatur, non aliter ad aliã exhibere prouinciã reũ, antequã fideiuſſorẽ præbeat actor in iudicio in quo futurus eſt reũ deducere, quia dabit ſecundũ locorũ ſpaciũ aurum, quantũcunq; decretũ fuerit fugiẽti, ſi nõ exequatur, aut exequẽs nõ vincat causã & ibi omnia agi quacũq; in exhibitiõe decreuim⁹. Definitũ vero aurũ, a fideiuſſoribus exigendũ, & dandũ ei, qui deduct⁹ eſt. Præbẽdo quoq; ab illo etiã iureiurãdo vſq; ad taxationem, vt ſi iurauerit ſe etiã ampli⁹ expẽdiſſe, & hoc recipiat: vt vndiq; videãtur perfectæ noſtræ legislatiões.*

Quod ſi re⁹ ad pręfixũ terminũ cõparuerit, actor vero emãſerit, condẽnatur actor reo in expẽſas, denegata etiã vlteriori citatiõe, donec de in proximũ cõparẽdo ſufficiẽter cauerit. Ita Innocentius IIII. *Actor,* inquit, *qui ad terminũ venire ad quem citari aduerſariũ fecerat, nõ curauit. Venienti reo in expẽſis propter hoc factis, legitime cõdenetur. Ad citationẽ aliã minime admittẽdus, niſi ſufficienter cauerit, quod in termino debeat fideliter comparere.*

Quod ad reũ attinet, Iuſtin. requirit, vt ſi ipſe in iudicio pręsẽs ſit, tũ ſi per procuratorẽ ſe defendit, vel in loco iudicij, vel extra iudiciũ pro procuratore ſatisdet iudicatũ ſolui, ſi reus abſens ſit, ipſe procurator cautionẽ hãc præſtet: ſi citra procuratorẽ ipſe ſe defẽdit, ſatisdat tãtũ iudicio ſiſti: expreſsũ hoc eſt in *§.4. Inſt. de ſatiſd.* nam illic Iuſtinianus ſcribit: *Si vero aliquis cõuenitur, ſiquidẽ præsẽs procuratorẽ dare paratus eſt, vel ipſe in iudiciũ venire & ſui procuratoris perſonã per iudicatũ ſolui ſatisdationẽ ſolẽni ſtipulatione firmare, vel extra iudiciũ ſatisdationẽ exponere, per quã ipſe ſui procuratoris fideiuſſor exiſtat, pro omnib⁹ iudicatũ ſolui ſatisdationis clauſulis, vbi & de hypotheca ſuarum rerũ conuenire compellitur, ſiue in iudicio promiſerit, ſiue extra iudicium cauerit, vt tam ipſi, quam heredes eius obligentur. Alia inſuper cautela vel ſatisdatione propter perſonã ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in iudicium veniet, vel ſi non veniet, omnia dabit* Lit. B.

bit fideiuſſor, quæ in cōdemnatione continētur, niſi fuerit prouocatum. Adeoque cum de rei ſatiſdatione quæritur, hi tres caſus diſtingui debent. 1. Vt ſi per procuratorem ſeſe reus defendit, tum ſi præſens eſt, in iudicio dominus iudicatum ſolui ſatiſdet ſolenni duntaxat ſtipulatione. 2. Sin non eſt præſens dominus, tunc extra iudicium eandem cautionem iudicatum ſolui exponat ſatiſdatione, quę pignoribus fiat aut fideiuſſoribus. 3. Si vero ipſe reus ſeſe defendat, tum non iudicatum ſolui, ſed iudicio ſiſti cautionem præſtet ita, quod vſque ad finem litis perſeuerare velit. Cur autem exigatur à defenſore ſatiſdatio iudicatum ſolui, nec ſine ea in iudicio admittatur *l. vnic. C. de ſatiſdand. §. 5. Inſt. de ſatiſdat.* ratio hæc eſt, quod iniurioſum foret cogi actorem alium reum, cum quo nihil negotij ipſi interceſſit, admittere, à quo vtrum ſuum conſequi poſſet, necne incertus foret: de eo autem non poteſt certior reddi, quam ſi ipſi vel à domino eodemque reo, pro defenſore, vel ipſe defenſor ſatiſdet iudicatum ſolui Donell. 18 *Comm. 13.*

Queſt. 7 *An cautio iudicatū ſolui remittatur reo locupletiſſimo?*

Neque hæc cautio iudicatum ſolui remittitur defenſori, etiamſi locupletiſſimus ſit, per textum in *l. 51. 52. & 53. ff. de procurat.*

Quo etiam ſpectat regula iuris in *l. qui rem. ff. de reg. iur.* non quod reuera non poſſit eſſe locuples alienæ rei defenſor, ſed quod ad hoc ſatis locuples non habeatur vt ſine vlla ſatiſdatione admittatur ad defenſionem.

Neque obſtat quod à tali homine, qui locupletiſſimus eſt, fruſtra & ſuperuacuè exigantur fideiuſſores: nam qui nunc initio iudicij locuples eſt, labi facultatibus poteſt, & vt locuples maneat tamen periculum ſubeſt, vt condemnatus trahat ſolutionem eamque negligat; cui malo occurritur fideiuſſorum datione; tum quia metuet ne actor aduerſus eos actionem transferat, ab ijſdemque ipſe poſtea mandati iudicio teneatur; tum quia metuet moleſtas fideiuſſorum interpellationes.

Sed & quamuis mandatum à reo defenſor habeat, ſatiſdatio nihilominus exigitur iudicatum ſolui *l. vnic. C. de ſatiſd.*

Nec obſtat quod actoris procurator, mandatum habens, nec hac, nec alia ſatiſdatione oneretur, vt in theſi ſequenti dicetur.

Nam alia eſt ratio procuratoris actoris, alia procuratoris rei: nam ſi procurator actoris mandatum habet, & contra reum lata fuerit ſententia, reus liberationem conſequitur ipſo iure ſine ſatiſdatione: nam ſi iudicatum ſoluit, liberatur; ſi abſoluitur, habet exceptionem rei iudicatæ pariter aduerſus vtrumque dominum & procuratorem. At ſi reus ſe defendat per Procuratorem, non perinde conſultum eſt actori, etſi mandatu inſtructus ſit defenſor: nam actor non vult conſequi liberationem, ſed pecuniam, quam petit, & conſequi non à domino ſolum, ſed etiam à defenſore eius, qui ſe eo iudicio reum conſtituit: atqui non debet cogi actor non neceſſarium iudicium ſuſcipere cum eo, cum quo nihil ante negotij geſſit, niſi certus ſit ſibi abunde ab hoc defenſore cautum eſſe, quod non aliter fit, niſi interpoſita ſatiſdatione iudicatum ſolui.

Quænam olim iure veteri ſatiſdationis fuerit ratio, prolixe exponit Iuſtinianus *in tit. Inſtit. de ſatiſdat.* atque ex iure Pandectarum id repetit Autor noſter & ideo huc illud referre neceſſarium non videtur.

Subijcit hic Autor noſter quod nec actor, nec reus, immobilia poſſidens, onerari debeat ſatiſdatione *l. 15. pr. ff. qui ſatiſd. cog.* ſed de eo, vt & de alijs, quæ hic idem noſter Treutlerus annectit, dictum fuit præcedenti *theſi. 3.*

RESOLVTIO THESIS QVINTÆ.

Lit. A. IPſam litem ſpectat cautio iudicatum ſolui, vnde pro lite eſſe dicitur in *l.11.ff. iudicat. ſolui*. Itemque de lite eſſe *l. 33.ff. de fideiuſſor.* quoniam ad executionem iudicij pertinet, atque pro æſtimatione litis datur, eo caſu, quo res iudicatur, vel non defenditur.

Lit. B. Quæſt. 8 *Quænam ſint clauſulæ ſatiſdationis iudicatū ſolui?* Conſtat autem hæc ſatiſdatio iudicatum ſolui pluribus partibus ſiue clauſulis §.4. *Inſt. de ſatiſdat.* & quidem tres fuiſſe eius ſatiſdationis clauſulas, refert hic Autor, & eſt conſtans omnium ſententia. 1. Clauſulam de iudicato ſoluendo. 2. Clauſulam de re defendenda. 3. Et clauſulam de dolo malo.

Prima clauſula præcipua eſt & à qua tota ſatiſdatio nomen ſuum habet & *iudicatum ſolui* dicitur: inde vero ſic appellatur quod defenſor, aut reus, defenſoris nomine, promittit, ſe quod iudicatum fuerit, ſoluturum *princ. Inſt. de ſatiſd. l. pen. ff. iud. ſolu.* quæ ſtipulatio, cum ſit conditionalis, & hanc in ſe habeat conditionem, ſi iudicatum fuerit, idcirco tunc demum committitur, cum rite atque legitime iudicatum fuerit §. *ſub conditione. Inſtit. de verb. obligat.* hac vero conditione deficiente, quod multis modis contingere poteſt, ipſa quoque deficit ſtipulatio, alteram clauſulam diximus eſſe de re defendenda, qua promittitur rem defenſam iri, de qua controuerſia eſt: ſatiſfit huic ſtipulationi ac clauſulæ, quando res recte & idonee defenſa eſt: recte defenditur res quæ defenditur à quibus oportet, quomodo oportet, quo loco & quo tempore oportet, ita vt ad veram defenſionem hæc ſpectanda ſint: perſona defenſoris, defendendi modus, defendendi locus, & defenſionis tempus.

Secundo ſatisfit huic clauſulæ ſi res controuerſa defendi deſierit, vtpote ſi ſine mora debitoris perempta: nam ſic interitu liberatur debitor.

Quocirca ſi res recte defenſa non fuerit, committitur quoad hanc clauſulam ſtipulatio. Ex hac autem clauſula commiſſa ſtipulatione non agitur ad certam quantitatem, vti cum ex prima clauſula commiſſa eſt ſtipulatio, ſed agitur ad id, quod intereſt, vt ex alijs quibuſcunque faciendi ſtipulationibus agi ſolet non ad factum promiſſum, ſed ad id quanti intereſt ſtipulatoris factum fuiſſe ſecutum *l.13. ff. de re iudicata.*

Tertia clauſula eſt de dolo malo, ex qua ſtipulatio committitur, quando dolo malo quid factum fuerit in lite, quo res aliter tranſigeretur, quam oportet: id autem fit dupliciter. 1. Si dolo malo & malitioſa fruſtratione id agatur à defenſore herede ve eius, ne controuerſia ad exitum perducatur *l. fin. ff. de Proc.* deinde ſi dolo malo eius fiat vt res perperam iudicetur, puta aut ſubornatis teſtibus, aut prolatis falſis inſtrumentis, aut iudice pecunia corrupto. Sed hæc plenius explicat Donell. *18. Comm. 13.*

Cæterum hæc clauſula *indicatum ſolui*, non ſemper expreſſe interponitur: in mandati tamen clauſula, quam vocant cautionis hypothecariæ de indemni ſeruando procuratore: *mit Verſetzung deß Principaln Haab vnd Güter, ſo viel hierzu vonnoten*, continetur clauſulam de ſubſtantia eſſe mandati, nec omitti poſſe teſtatur Mynſing. in loco ab Autore allegato. Lit. C.

Verum ſi defenſor ſit ſine mandatu, tunc cautio hæc & ſatiſdatio iudicatum ſolui ſummopere neceſſaria eſt, vt, ea non præſtita, non cenſeatur idoneus eſſe defenſor.

Illud vniuerſale eſt quod procurator ſiue actoris, ſiue rei cogitur de rato cauere, hoc eſt promittere dominum rem à ſe geſtam ratam eſſe habiturum. §. 3. *Inſtit. de ſatiſd.* ſed tamen non ſemper, nec Lit. D & F

indi-

indiſtincte hæc cautio à procuratore exigitur. Nam ſi conſtat procuratorem habere mandatum, fruſtra exigitur cautio rati: hæc ſiquidem cautio ad hoc à procuratore ideo exigitur, quia periculum ſubeſt ne dominus iterum de eadem re experiatur *princ. Inſtit. de ſatiſdat.* hoc autem periculum deficit, cum de mandatu domini certo conſtat.

Quod ſi certum eſt procuratorem nullum habere mandatum, cautio rati itidem exigi non ſolet, quoniam hic, qui mandatu deſtituitur, falſus eſt procurator atque exceptione procuratoria repellitur, nec ad agendum admittitur *l. ſi pupilli. §. penult. & vlt. ff. de negot. geſt.* excepta perſona coniuncta, quam ſine mandatu cum cautione de rato admitti, patet ex *l. 35. princ. & l 40. §. fin. ff. de procurator. l. 12. C. eod. tit.*

Tunc igitur demum cautioni iſti locus eſt, quando dubitatur, anne procurator mandatum habeat à domino, an non habeat. *l. 1. C. de proc. l. 66 §. 1. ff. ad SC. Trebell.* ſed de hac re prolixe & ex profeſſo agetur infra in *diſputat. de procurat. 9. theſi 7.*

RESOLVTIO THESIS SEXTÆ.

Lit. A. *Queſt. 9* *Quænam ſit cautio iudicũ iuratoria?*

PRæter hactenus recenſitas cautiones ſunt & aliæ nonnullæ, quæ occaſione iudicij præſtari ſolent. Talis eſt ea, qua iudex, antequam iudicet, iureiurando cauere debet, ſe tanquam Deo inſpectore adhibito cauſas diſceptaturum litemque diremptūrum, & ſe cum veritate & legum obſeruatione iudicium depoſiturum.

Et quidem antiquitus iudices, antequam iudicarent, iurare ſolitos fuiſſe, teſtatur Cicero *act. 1. in Verrem.* Hoc, inquiens, factum eſſe in hac ciuitate, cum ſenatorius ordo iudicaret, vt diſcoloribus ſignis iuratorum hominum ſententiæ notarentur.

In quem locum Aſconius: *iuratorum hominum*, inquit, *iudicium, qui in leges, antequam iudicarent, iurare conſueuerant.*

Idque hautquaquam diſſimulat Iuſtinianus in *l. 14. pr. C. de iudic.* dum ita ſcribit: *Cui enim non eſt cognitum antiquos iudices non aliter iudicialem calculum accepiſſe, niſi prius ſacramentum præſtitiſſent, omni modo ſe cum veritate & legum obſeruatione iudicium eſſe diſpoſituros.*

Hoc vero iuramentum ad aram (puteal Libonis dictam) præſtari ſolitum ex Symmacho & D. Ambroſio colligit Ræuardus: cum enim Gratianus Imperator aram, ad quam iurari ſolebat, euerti & complanari iuſſiſſet, huius aræ Symmachus ab Imperatoribus Valentiniano, Theodoſio, & Arcadio reſtitutionem obnixe poſtulans, ſic *lib. 1. Epiſtol.* ſcripſit: *Vbi in leges veſtras & verba iurabimus? Qua religione mens falſa terrebitur, ne in teſtimonijs mentiatur? Omnia quidem Deo plena ſunt, nec vllus perfidis tutus eſt locus, ſed plurimum valet ad metum delinquendi, etiam præſentia religionis vrgeri. Illa ara concordiam tenet omnium. Illa ara fidem conuenit ſingulorum; neque aliud magis auctoritatem facit ſententijs noſtris, quam quod omnia iuratus ordo decernit.* Hæc Symmachus. Diuus autem Ambroſius, ſimul atque huius aræ ab Imperatoribus reſtitutionem intellexit vehementer Symmachum cum ſuis poſtulare, id ne fieret, impedire ſedulo conatus eſt, Imperatori Valentiniano ad hunc modum ſcribẽs: *Si hodie gentilis aliquis Imperator, quod abſit, aram ſtatueret ſimulachris, & eo conuenire cogeret Chriſtianos, vt ſacrificantib. intereſſet, vt oppleret anhelitus, & ora fideliũ cinis ex ara, fauilla de ſacrilegio fumus ex buſto, & in ea curia ſententiam diceret vbi iurari ad aram ſimulachri, in ſententiam cogerentur (propterea enim interpretantur aram locatã, vt eius ſacramẽto, vt ipſi*

ipſi

ipſi putant, vnuſquiſque conuentus conſuleret in medium) cum curia maiore iam Chriſtianorum numero ſit referta, perſecutionem eſſe crederet Chriſtianus, qui cogeretur tali optione ad ſenatum venire: quod ſit plerunq; nam etiam iniurijs conuenire coguntur. Te igitur imperatore, Chriſtiani in aram iurare cogentur? Quid eſt iurare, niſi eius quem teſtare fidei tuæ præſidem, diuinam potentiam confiteri? Te imperatore hoc petitur, & poſtulatur, vt aram iubeas eleuari, ſumptum ſacrificijs prophanis dari? Sed hoc nō poteſt ſine ſacrilegio decerni. Vnde rogo te, ne id decernas, ſtatuas, vel in huiuſmodi decreta ſubſcribas.

Hoc vero iuramentum à iudicibus olim de recte iudicando exactum, confirmauit Iuſtinianus in *d. l. Rem non nouam. C. de iudic.* vbi ita ſcribit: *rem non nouam neque inſolitam aggredimur: ſed antiquis quidem legiſlatoribus placitam: cum vero contempta ſit, non leue detrimentum cauſis inferentem. cui enim non eſt cognitum, antiquos iudices non aliter iudicialem calculum accepiſſe, niſi prius ſacramentum præſtitiſſent, omnimodo ſeſe cum veritate & legum obſeruatione iudicium eſſe diſpoſituros? Cum igitur & viam non inuſitatam inuenimus ambulandam: & anteriores leges noſtræ, quæ de iuramentis poſitæ ſunt, non minimam ſuæ vtilitatis experientiam litigantibus præbuerunt, & ideo ab omnibus merito collaudantur ad hanc in perpetuum valiturum legem peruenimus, per quam ſancimus, omnes iudices, ſiue maiores, ſiue minores, qui in adminiſtrationibus poſiti ſunt vel in hac regia ciuitate, vel in orbe terrarum qui noſtris gubernaculis regitur, ſiue eos, quibus nos audientiam committimus, vel qui à maioribus iudicibus dantur. vel qui ex iuriſdictione ſua iudicandi habent facultatē, vel qui ex recepto, id eſt compromiſſo (quod iudicium imitatur) cauſas dirimendas ſuſcipiunt vel qui arbitrium peragunt, vel ex auctoritate ſententiarum, & partium conſenſu electi ſunt, & generaliter omnes omnino iudices Romani iuris diſceptatores, non aliter litium primordium accipere, niſi prius ante ſedem iudicialem ſacroſancta deponantur ſcripturæ, & hæ permaneant non ſolum in principio litis, ſed etiam in omnibus cognitionibus vſque ad ipſum terminum, & diffinitiuæ ſententiæ recitationem. Sic etenim attendentes ad ſacroſanctas ſcripturas, & Dei præſentia conſecrari, ex maiore præſidio lites diriment, ſcituri quod non magis alios iudicant, quam ipſi iudicantur: cum etiam ipſis magis, quam partibus terribile iudicium eſt, ſiquidem litigatores ſub hominibus, ipſi autem Deo inſpectore adhibito cauſas proferunt trutinandas. Et hoc quidem iuſiurandum iudiciale omnibus notum, & Romanis legibus optimum à nobis accedat incrementum, & ab omnibus iudicibus obſeruandum: & ſi prætereatur, contemptoribus periculoſum ſit.*

Subſecuta eſt hanc L. alia Iuſtiniani cōſtitutio, quæ extat in *Nouella 8. de iureiurando à Iudicibus præſtando* quam Irnerius Authenticarum conſcriptor, ita accepit, vt maiores magiſtratus iurare debeant ſe facturos ſecundum quod eis viſum fuerit iuſtius & melius: defenſores vero ciuitatum iurare teneantur omnia ſecundum leges & iura ſe facturos *Auth. ſed hodie C. de iudic.* quaſi Iuſtiniani Conſtitutio in *d. l. 14.* quoad maiores magiſtratus hodie ſit mutata & correcta, ſed in concipienda iſta *Auth. ſed hodie.* procul dubio errauit Irnerius, nec mentem Iuſtiniani ſatis aſſecutus eſt: quandoquidem in formula iſta Iuramenti *d Nouell. octaua* ſubiecti, expreſſe continetur, vt iudices iurent ſe ſecundum LEGEM & OMNEM IVSTITIAM in publicis & priuatis contractibus iudicaturos.

Vt taceam quod cum iudices maiores, ſecundum *d. Auth. ſed hodie.* iurare debeant ſe iudicaturos ſecundum quod ſibi viſum fuerit iuſtius & melius; iurare cenſeantur quod ſecundum leges iudicare velint: quia non poteſt dici iuſtitiam obſeruare, qui leges tranſgreditur *l. 3. C. de legib.* Neque tamen hoc iureiurando ita iudicis poteſtas conſtringitur, vt non poſſit ſecundum circumſtantias, vel perſonarum,

vel

vel cauſarũ & delictorũ mitiorẽ, vel aſperiorem pœnam dictare, cum id ipſi facere à legibus omnino concedatur, & ideo id faciens non poſſit dici à legibus quicquã receſſiſſe.

Lit. B. Hodie ordinarius prædictum iuramentum non cogitur ſingulis præmittere cauſis, ſed illud ab initio demandati ſibi officij præſtare tenetur: formula iuramenti quod iudices & Aſſeſſores Cameræ Imperialis preſtant, habetur in *Ordina. Cameræ part. 1. tit. 57.*

Illud veriſſimum eſt, quod ſubijcit Treutlerus noſter, iuramentum quod in ingreſſu officij à iudice ordinario præſtandum requiritur remitti non poſſe; & ne ſtatuto quidem caueri poſſe vt non exigatur, quia hæc res illis delinquendi & inique iudicandi occaſionem præberet. Et hoc dubium nullum habere ſcribit Moller. 1. *Semeſtr. 10.*

Nec huic ſententiæ obſtat quod conſuetudine effici poſſit, vt iniurati iudices iudicent ſententiamque ferant: quod autem fieri & introduci conſuetudine poteſt, id quoq; ſtatuto effici valeat.

Quod enim nec conſuetudine poſſit effici vt iniuratus iudicet, teſtatur Mollerus *d. loco.* & ratio expedita eſt, quod nempe nec conſuetudo vlla ſubſiſtat quæ peccandi occaſionem præbeat: talem vero fore conſuetudinem iſtam de qua loquimur, certum & indubitatum eſt: niſi enim iuriſiurandi religione iudices obligarentur ad rectè iudicandum, facilime ſe muneribus corrumpi atq; à iuſtitiæ ſemitis abduci paterentur.

Et quanquam fortaſſis ante Iuſtinianum non fuiſſet hoc iuſiurandum à iudicibus exactum, exigendum tamen illud exiſtimauit Imperator noſter Iuſtinianus prædictam ob cauſam, quo omnis via ad iniq; iudicandum iudicibus præcluderetur, quam rurſus illis ſtatuto vel conſuetudine aperiri bonis vtique moribus & Reip. vtilitati refragaretur.

Equidem hodie in omnibus bene ordinatis & conſtitutis iudicijs receptum eſt, vt iudicet antequam iudicandi munus ſuſcipiant ſanctè & religioſe iurent de iuſtitia cuique abſque vllo perſonarum reſpectu, adminiſtranda.

Delegatum Iudicem hoc iureiurando non onerari ſcribit Treutlerus, quia is per documentum ſuæ commiſſionis, citationi inſertum, cauere intelligitur. Sane documentum commiſſionis delegati iudicis, inſerendum eſſe citationi ſupra oſtendimus in *diſp. præc. 4. theſ. 5. lit. A.* idq; probat *d. cap. cum in iure. de offic. deleg. & cap. præterea. de dilation.* *Lit. C.* *Quæ. 10* *An delegatus quoq; iudex teneatur iurare?*

Verum exinde inferre non licet, à iudice delegato iuſiurandum exigi non poſſe: cum documentum commiſſionis, inſertum citationi, non eo pertinet vt citato caueatur, ſed vt fides ipſi fiat de commiſſione ſeu delegatione.

Et ſane conſtitutiones Iuſtiniani ſupra adductæ, à iudicibus iuſiurandum exigentes, ſunt generales: & ratio quoque eadem in delegatis obtinet, propter quam illud ab ordinarijs exigitur, nec poteſt vlla ſolida diuerſitatis ratio aſſignari.

Ad eas cautiones, quæ occaſione iudicij præſtantur, refertur quoque cautio ſecuritatis ſiue ſalui conductus, qua ei, qui ad iudicium citatus venire veretur ſecuritas contra iniuſtam offenſionem promittitur. *Lit. D.*

Circa hoc tamen diſtinguendum eſſe monet Autor noſter, vt tunc demum concedatur ſaluus conductus, quando cauſa per procuratorem agi nequit. Hinc cum ex cauſa fractæ pacis publicæ bannitus per procuratorem ſeſe defendere poſſit, vt infra *diſputat. 9. theſi 2. lit. C.* dicetur, ideo ipſi ſaluus conductus concedi non debet: atque ita quoque in Camera receptum eſſe teſtatur Gail. 2. *de pace publ. 11. num. 10.*

Sed à quo ſaluus conductus concedi poſſit, *Quæſt. 11*

Tt

Quinam ſaluũ conductũ poſſit concedere?

poſſit, vtrum à ſolo Principe, an vero etiam à magiſtratu, valde controuerſum eſt?

Aſſerit Autor quod non à ſolo Principe, ſed à magiſtratu quoque ſaluus conductus poſſit dari: pro qua ſententia facit primo, quod cautio iſthæc ſalui conductus ſit pars imperij, ſiue criminalis iuriſdictionis teſte Weſenb. *conſilio 33.n.19.* atqui hodie quicquid Imperij meri eſt, id magiſtratui competit, cum merum imperium iure magiſtratus hodie competat.

2. Accedit huic etiam textus in *l. 5. ff. de public.* vbi dicitur, quod relegati & deportati poſſint inchoatas delationes ante damnationem implere, & poſt damnationem quoque: at hoc facere non poſſent niſi ipſis ſaluus conductus concederetur.

3. Iudex ſtudere debet omni conatu vt veritatem inueniat *l. 2. C. ſi contra ius cap. Iudicantem 30. q. 5.* Veritas autem facilius inuenitur ex præſentia rei: nam magna ſumitur coniectura ex vultu, ex animi motu, ex conſtantia & trepidatione *l. de minor. §. tormenta. ff. de quæſt.* igitur, ad veritatem eruendam, ſaluus cõductus eſt concedendus facineroſo, vt veniat.

4. Publice intereſt defendi innocentes *l. ſeruum quoq;. §. publice. ff. de proc.* igitur quo defendatur facinoris accuſatus, ſaluus conductus, vtilitate publica ſuadente ipſi concedendus eſt.

Sed contraria ſententia, quod ſolus Imperator poſſit ſaluum conductum cõcedere, aut Princeps, qui in ſua prouincia inſtar Imperatoris eſt, communior eſt & verior, ac probatur textibus admodum perſpicuis, quorum vnus eſt in *l. relegati. in fine. ff. de pœnis.* vbi diſerte Marcianus ſcribit, *neminem poſſe commeatum, remeatumue dare exuli, niſi Imperatorem, ex aliqua cauſa.* Deinde eſt etiam textus in *l. ad beſtias. 31. §. 1. ff. eod. tit.* vbi Modeſtinus ſcribit, *ex prouincia autem in prouinciam transduci damnatos ſine permiſſu principis non licere diuus Seuerus & Antoninus reſcripſerunt.*

Quod adeo verum eſſe cum Baldo aſſerit Farinaceus, vt ab alio, quam principe conceſſus, non valeat etiam iuramento firmatus: quod veriſſimum eſt, quia iuramentum contra leges ciuiles nullius momenti eſt *l. 5. C. de leg.*

Neque his obſtant quæ ſunt in contrarium allegata: nam ius concedendi ſaluum conductum non eſt Imperij meri ſed eſt de reſeruatis ſummi principis, vt manifeſtiſſime relucet ex *d. l. relegati. & l. ad beſtias. ff. de pœnis.*

Reliqua vero fundamenta probant ſolum, ſaluum conductum concedendum eſſe facineroſo ad ſui defenſionem, ſed non probant eum ab inferiore magiſtratu eſſe concedendum. Proinde ſi bannitus vel relegatus ad iudicium, per iudicem citatus, non poteſt in propria perſona comparere, tum ſi cauſa talis ſit, in qua procurator admittitur, per procuratorem agere debet, quod ſi vero cauſa talis ſit quæ procuratorem non admittat, tunc ipſi à principe ſaluus conductus impetrandus eſt, quo videlicet innocens defendatur, vt bonum publicum requirit *d. l. ſeruum. §. publice.*

Putat tamen Farinacius, iudicem poſſe ſaluum conductum concedere, quando quis vellet comparere ad ſe defendendum, ſuper aliquo crimine de quo inquiritur, & timens moleſtari ſuper alijs delictis, de quibus forſan eſt bannitus, & condemnatus, petit ſecuritatem, ſeu ſaluum conductum ſuper illis: nam tunc ex iſta cauſa ait poſſe iudicem, comparere volenti, ſecuritatem & ſaluum conductum concedere.

Sed huic repugnant ſuperiores leges, ſoli Imperatori conceſſionem ſalui conductus reſeruantes: nec ratio hic vlla eſt cur non ſit ab Imperatore ſaluus conductus impetrandus, ſed à magiſtratu concedendus.

Quid

Qu. 12. *Si magiſtratus ſaluũ conductũ conceſſerit ſit ne ſeruãdus?*

Quid tamen ſi conceſſerit nihilominus magiſtratus ſaluum conductum, erit-ne ſeruandus? Etenim poſt Bartolum, Oldradum & Iacobum Menochium ſtatuit Farinacius *lib. 1. titu. 4. q. 29.* ſaluum conductum hoc caſu conceſſum, ſeruandum eſſe, licet iure non ſit conceſſus. Ne quis ſub fide publica & auctoritate magiſtratus decipiatur, damnumq; ſentiat.

Verum hanc ſententiam minime admittendam eſſe puto, quia quod contra legum prohibitionẽ conceſſum factumue eſt, pro infecto habetur *l. 5. C. de legib.* & paria ſunt aliquid plane factum non eſſe, & aliquid factum quidem eſſe, ſed non iure *§. fin. Inſt. quib. modis teſt. infirm.*

Quod ſi tamen à principe iuſta ex cauſa ſit conceſſus, ſeruari debet, quia fidem fallere turpe eſt *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecun* in principe turpiſſimum. Atq; ſub fide & autoritate publica aliquem decipi non oportet *l. 1. C. de veniæ impetrat.*

2. Adde quod conceſſio ſalui conductus in contractum tranſeat: ex contractu vero, etiam ſui Anteceſſoris, princeps obligatur vt dicam *ſeq. diſputat. VI. theſi 7.*

Nec obſtat quod licitum ſit delinquentes & facineroſos dolis & cauillationibus fallere *l. 1. §. non fuit. ff. de dolo. l. 25. ff. de captiu. & poſtlim. reuerſ. cap. 3. cauſ. 23. q. 3.* Nam diſtinguendum eſt inter dolum & perfidiam, illo licet vti aduerſus facineroſos, quando ſecuritas nondum promiſſa nec ſaluus conductus conceſſus eſt: hac vero minime vti licet poſtquam ſecuritas promiſſa eſt. *capit. Noli. 23. q. 1.* vbi Auguſtinus ſcribit: *fides quando promittitur, etiam hoſti ſeruanda eſt, contra quem bella gerimus.*

Non etiam obſtat textus in *Nouell. 17. cap. 7.* in verbis: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum cuſtodies cautelam, ſed etiam exinde extrahes & ſupplicium eis inferes.*

Ry. Etenim hic textus loquitur, non de ſaluo conductu, ſed de tempore 30. dierum, quod illis qui ob controuerſiam ad Eccleſiam, tanquam ad aſylum confugerunt, priuſquam inde extrahantur, dari ſolet: hoc non debet indulgeri homicidis adulteris & virginum raptoribus.

Quæſ. 13. *An ſecuritate promiſſa reus crimẽ confeſſus aut de eo conuictus incarcerari & pœna affici queat?*

Si ſecuritas data eſt *zu Recht vnd vor vnrechter Gewalt* vtrum in carcerem conijci & puniri poſſit reus, ſi vel crimen confeſſus, vel criminis conuictus fuerit, quæri etiam ſolet? Et poſſe in carcerem conijci ac puniri communis eſt ſententia Ictorum, & ita à Scabinis Lipſenſibus Senatui Northuſiano reſponſum fuiſſe, tradit Mollerus *2. ſem. 1.* ex hac ratione quod in confeſſum nullæ aliæ ſint partes iudicis, quam in condemnando. Idemque Mollerus *lib. 2. Semeſtr. c. 2. n. 2.* refert, in ditionibus Electorum & Ducum Saxoniæ citationem adeo tribuere citato ſecuritatem tuto veniendi & recedendi, vt cum tempore Electoris Auguſti, inter cuiuſdã creditores, per publicum edictum Dreſdam citatos, quidam, quem crimen capitale, & quidem contra ipſum Electorem, commiſiſſe conſtabat, eo veniſſet, quod fere ſuſpectum ſe non eſſe crederet, admonitus de eo Elector, cum creditorem eum eſſe, & inter cæteros, licet non nominatim citatum, comparuiſſe intelligeret, detineri eum nollet, quod diceret, in domo Saxonica id viſitatum non eſſe.

Dimiſſum igitur & extra fines ditionum ſuarum poſtea deprehẽſum & retractum, cum confeſſus fuiſſet delictum, merito ſupplicio affecit. Ita & electorem Chriſtianum, laudatiſſimæ memoriæ principem, cum quendam Dreſdæ detineri cuperet, intellexiſſet autem, eum citatum iſtuc veniſſe, dimittere memini.

Alioquin iure communi, vt dictum eſt, quæſtio hęc deciſionem admodum expeditam habet: ſecuritas quippe ſaluuſque conductus non eo pertinet, vt aſſecuratus nullo modo offendi poſſit, ſed ne

ab aliquo iniuſte offendatur: non autem iniuſte offenditur, qui pœnis promeritis à magiſtratu ſubijcitur; & aliud eſt ſecuritas, aliud delicti impunitas: ſecuritate conceſſâ, impunitas nequaquam conceſſa intelligitur.

Regulam inſuper ſuperiorem quod ſaluus conductus, ſemel conceſſus, violari non debeat, ſed ſancte ſit ſeruandus, decem modis limitatur, vt *primo* non trahatur ad delicta futura & perpetranda; ſed ſi is cui ſaluus conductus conceſſus eſt, deliquerit, poſſit huius delicti nomine prehendi & in carcerem conijci; adeo vt nec quoad delicta antiqua amplius ſeruari debeat. *Secundo* non teneat ſi noua aliqua cauſa ſuperueniat & Reipublicæ vtilitas vel neceſſitas poſtulet. *Tertio* ſi aſſecuratus, hoc eſt, cui ſecuritas promiſſa eſt, non adimpleat promiſſa. *Quarto* vt ſaluus conductus conceſſus alicui pro ſe & ſocijs, non extendatur ad ſocios, caſu ſeſe aſſociantes in itinere aſſecurato. *Quinto* vt ſaluus conductus datus ad eundum & recedendum, non intelligatur datus, niſi pro vna vice, vlterius autem, tanquam non datus ſeruari non debeat. *Sexto* vt non ſit ſeruandus quando expirauit, vel morte concedentis, vel eius Iuriſdictione & officio finito. *Septimo* vt ceſſet, ceſſante cauſa, ob quam conceſſus eſt. *Octauo* vt vires non habeat conditione, ſub qua datus erat ſaluus conductus, deficiente aut non adimpleta. *Nono* vt vires non habeat ſi conceſſus fuerit à magiſtratu, vt paulo ſupra fuit dictum. *Decimo* ſi non à principe conceſſus fuerit ſaluus conductus, quæ cum pręcedenti coincidit. Ita Farinacius in loco citato.

Illud veriſsimum eſt, quod notat Autor noſter, ſaluum conductum, marito conceſſum, etiam prodeſſe eius vxori; idque hanc rationem habet, quod vxor & maritus ſint vnum corpus *cap. admonere 33. q. 2.* & iniuria facta vxori, marito quoque facta cenſeatur §. *patitur. Inſtitut. de iniur.* & ideo ſi vxor aſſecurati offenſa & læſa fuerit, ſecuritas marito promiſſa & ſaluus conductus, marito datus, violatus cenſeatur.

Poſtremo etiam in criminalibus admittitur cautio iudicio ſiſti, quando reus vel fugitiuus eſt vel in carcere captiuus detinetur, ſed de hac controuerſia intricatiſſima, quatenus fideiuſſor pro reo criminis ſit admittendus, infra loco commodiori dicemus. *Lit. E.*

RESOLVTIO THESIS SEPTIMÆ.

Lit. A. Queſ. 14. *Quinam ſit idoneus fideiuſſor?*

POrro in genere de ſatiſdationibus, maxime de ſatiſdatione *iudicio ſiſti*, notandum, fideiuſſores non niſi idoneos eſſe dandos *l. 2. ff. qui ſatiſdare coguntur.* Quinam vero ſint idonei, explicat ibidem Vlpianus; *Fideiuſſor*, inquiens, *in iudicio ſiſtendi cauſa locuples videtur dari non tantum ex facultatibus; ſed etiam ex conueniendi facilitate*, quibus verbis hoc ſignificatur, fideiuſſorem non ſolum exinde idoneum iudicari, ſi ſatis habeat in bonis pro magnitudine rei quam actor poſtulat *l. 10. ff. de tit.* ſed etiam ex eo, ſi facile conueniri poſſit. Parum ſiquidem intereſt, an ſoluendo non ſit debitor, an vero non poſſit facile conueniri, ſiue ob dignitatem, ſiue ob præſcriptionem fori, ſiue quod ſit litigioſus homo, aut rixoſus: hæc ſiquidem omnia faciunt, quo minus ſuum facile conſequi poſſit actor, qui tamen non alia mente aut neceſſitate accipit fideiuſſorem, quam vt ſibi & tutior res ſit & expeditior *l. 7 qui ſatiſd. §. vlt. Inſt. de replic.* Antonius Faber in *Ration. ad d. l. 2.*

Quod ſi dubitatur anne fideiuſſor idoneus ſit nec ne, tunc arbitri ſunt conſtituendi ad eos probandos, à quorum tamen arbitrio, ſi iniquum fuerit, appellari poteſt. Ita Gaius in *l. 9. ff. qui ſatiſdare cog. Arbitro ad fideiuſſores probãdos conſtituto, ſi in*

alte-

Digitized by Google

alterutrã partẽ iniquũ arbitriũ videatur, perinde ab eo atque à iudicibus appellare licebit. Cui ſententiæ & aſſertioni non obſtat ꝙ arbitri ſentẽtiæ ſtandum ſit, ſiue æqua, ſiue iniqua fuerit *l.27.§.2.ff.de recept. qui arbitr.*

Reſp. Nã hoc verũ eſt de arbitro cõpromiſſario: *Arbitrorũ enim,* ait Proculus in *l.76. ff pro ſocio, duo ſunt genera, vnũ eiuſmodi, vt ſiue æquum ſit, ſiue iniquum, parere debeamus, ꝙ obſeruetur, cum ex compromiſſo ad arbitrum itum eſt: alterum eiuſmodi vt ad boni viri arbitriũ redigi debeat, etſi nominatim perſona ſit cõprehenſa, cuiꝰ arbitratu fiat.* De hoc igitur poſteriori arbitrorum genere hic nobis ſermo eſt.

Rurſus ſuperiori ſentẽtiæ nõ aduerſatur, quod à iudice cõpromiſſario nõ poſſit appellari *l.1.C. de recept. qui arbitr.* nam hoc verum eſt de arbitris cõpromiſſariis, h.e illis, qui à litigatoribus ex cõpromiſſo & conuẽtione eliguntur, ſed non in illis, quos prætor dat quaſi iudices, nõ ad pronuntiãdum ſuper negotio, de quo lis pẽdet, ſed ad præparatoria quædam iudicij expedienda, quale hoc eſt, vt ſciatur, an idonei ſint fideiuſſores Anton. Fab. *ad d.l.9.*

Si igitur ab arbitro ꝓbati ſũt fideiuſſores, nec appellatũ eſt ab eius arbitrio, idonei habẽdi ſũt, cũ potuerit querela ad cõpetẽtem iudicem deferri. *l. 10. ff. eod. tit. qui ſatiſd.cog.*

Quod ſi aliquis idoneo fideiuſſore ſatisdare fuerit iuſſus, non auditur, etſi locupletiſſimus, bona ſua obligare & oppignerare velit: tũ quia idoneus fideiuſſor exigitur nõ ſolum propter facultates, ſed etiã propter cõueniendi facilitatem *d. l.2.* Atqui notum eſt, quã difficulter, & quãtas per ambages ad pignorum diſtractionem perueniatur *l. fin.C.de iure dom impetr.* tum etiam quia hæc ſatisdatio prætoria non poteſt aliter, quam per fideiuſſorem fieri *l.1. ff. qui ſatiſd. cog. l 7. ff. de prætor. ſtipulat.*

Nec obſtat quod plus cautionis ſit in re, quam in perſona *l. 25. ff. de R. Iur.* nam quænam ſit ſententia illius regulæ & quam parum apte ad propoſitum noſtrum accommodetur, ſupra docui ſub *theſ.1. lit. A.*

Lit. B. Cum igitur, vt dictum eſt, anne idoneus ſit fideiuſſor, nec ne, æſtimetur etiã ex conueniendi facilitate, idcirco MVLIER fideiuſſor idonea non erit, quia fideiubere pro alio ꝓhibetur Sᴄto Velleiano *l.de die.8.§.1.ff. qui ſatiſd.cog.* Et ſi fideiuſſerit, exceptione eius Sᴄti ſe tueri poteſt, adeoque cauſam cõueniendi difficilem reddit aduerſario.

Cõſimiliter nec MINOR viginti quinque annis fideiuſſor idoneus eſſe poteſt *d.l. 8. ff. qui ſatiſd. cog.* quoniã gaudet in integrũ reſtitutionis beneficio *tot. tit. ff.de min.*

Lit. D. Nec MILES locuples erit fideiuſſor ꝓpter priuilegium militare, quo fideiuſſor pro aliis eſſe diſerte prohibetur *l.31. C de locato.* vnde cum fideiuſſor eſſe non poſſit, multo minus locuples fideiuſſor erit, maxime ſi conueniendi facilitas ſpectetur; quę in milite, ex hac cauſa penitus deficit.

Lit. E. Quanquã pro ſe & in rem ſuã ac propriũ lucrum cauere non prohibetur, vt dicetur infra *diſp.28.theſ.2.lit.E. volum.poſter.*

Lit. F. In eademq; cauſa eſt etiã SERVVS, quoniam non habet legitimam perſonam ſtandi in iudicio *l.22.de R.Iur.*

Lit. G. Itemq; fideiuſſor idoneus nõ eſt, qui fori præſcriptione gaudet, quoniã ex priuilegio forum declinare, difficilioremq; cõuentionem aduerſario reddere poteſt: niſi ſuo renunciet priuilegio *l.7. ff. qui ſatiſd. cog.* vt facere regulariter poteſt *l. pen. C. de pact.* Ex quo ſequitur, quod qui fideiuſſorẽ dat, alienę iuriſdictioni ſubiectum non cenſetur idoneum & locupletem fideiuſſorem dediſſe, quia eius difficilior eſt conuentio.

Cæterũ nõ ſicut hic priuilegio ſuo renũciare poteſt; ita quoq; mulier renũciare poterit Sᴄto Vellejano, quoniã hoc mulieris cõmodũ & fauorẽ principaliter nõ cõcernit *l.2.ff.ad SC.Velleja.l.fœminæ de R.Iur.* & nos prolixius dicemus infra *diſp. 25. theſ. 4. lit.E.*

Lit. H. Vnum etiã fideiuſſorẽ idoneũ ſufficere etiã tum qñ lex pluraliter fideiuſſores exigit, ſtatuit Autor noſter cũ Matth. weſẽb.

Illorum vero ratio & fundamentum in eo cõſiſtit quod *l. 1. l.9 & l.10.ff.qui ſatiſd.cog.*

F.DEIVSSORES in plurali exigant, & tamen poſſe idoneã ſatiſdationẽ FIDEIVSSORE locuplete fieri, oſtẽdũt *l. 2.3.4.5. eod.*

2. Quia lex fideiuſſores in plurali exigẽs non tam ad numerum, quã ad cauendi modum reſpexiſſe & pignora nudamque cautionem excluſiſſe videtur.

3. Quia in fauorẽ creditoris lex requirit plures fideiuſſores, quo ipſi meli⁹ caueatur: atqui æque, bene, imo melius creditori cauetur per vnum fideiuſſorem idoneum & locupletẽ, atq; per plures, propter beneficium diuiſionis, quo efficitur, vt creditor particularem ſolutionẽ admittere cogatur, quæ tamẽ non exigua continet incõmoda.

Cęterũ hanc ſententiam ita admittit Anton. Hering. ſi creditor nõ exigat duos, tres vel quatuor; tũc enim ſecundũ legis diſpoſitionẽ, plures fideiuſſores exigẽtis, nõ vnus, quãtumuis locuples, ſed plures locupletes dandi erunt: idq, tutius creditori eſſe videtur: ſic enim creditor ſecurior redditur quã per vnum fideiuſſorem.

Nam, vt ait Paulus in Panegyrico: *Nemo omnes, neminem vnquam omnes fefellerunt, melius omnibus, quam ſingulis creditur.*

Ac veluti numeri minores, additi maioribus, eos multiplicant & viciſſim multiplicãtur ipſi, ſic & fideiuſſoria obligatio, addita alię fideiuſſorię obligationi, maiorem ſecuritatem cauſatur.

Nec obſtat ꝙ propter beneficiũ diuiſionis quo gaudẽt fideiuſſores melius videatur vnum quã plures habere fideiuſſores: nã etſi hoc ita ſit, ſi tamen ſecuritatem actoris ſpectem⁹, quã hic potiſſimũ cõſiderat prætor, dicendũ eſt ſatis eſſe plures, quã vnũ habere fideiuſſores: facile enim fieri poteſt vt fideiuſſor, qui tẽpore ſatiſdationis interpoſitæ idoneus fuit & locuples, poſt facultatib⁹ labatur & locuples eſſe deſinat, ſic vt aduerſus ipſum actori, propter eius inopiã inanis reddatur actio; ꝙ in pluribus locupletibus perinde metuendũ non eſt; & quamuis vnus ex illis ſoluendo eſſe deſierit, hoc cæteros grauat §. 4. *Inſt. de fideiuſſorib.*

Sane in cauſis criminalib⁹ ꝑ grauitate delicti & qualitate perſonarũ plures exigi poſſe fideiuſſores, concors eſt & vnanimis Ictorũ ſentẽtia Marant. in *ſpecul. p. 6. tit. de ſatiſd. n. 7.* Weſenbec. *de ſatiſd. nu. 7.* Anton. Hering. *de fideiuſſoribus c. 9. n. 25. & ſequent.* Quę ſentẽtia nititur *l. 3. c. in pr. de priuileg. Scholarium lib. 12.* in qua dicitur, quod ſi ſcholares ex cauſa ciuili conueniãtur, liberẽtur, ſi modo numerarium ſuæ scholę dent fideiuſſorẽ. At ſi criminales ſint cauſæ, tũc quinq; alios primates ex triginta viris à primicerio vſque ad triginta retro numerandis, vna cum numerario, fideiuſſores dandos eſſe.

Sed vtrumne & quando fideiuſſores in criminalibus admittantur, infra dicetur in *diſput. 23. theſ. 3. lit. A. & diſp. 31. th. 4. lit. E. volumine poſteriori.* *Lit. I.*

RESOLVTIO THESIS *Octaua.*

FIdeiuſſor porro, qui aliquẽ iudicio ſiſti promiſit, ſi certa pœna ſtipulatiõi ſit adiecta, cõditione certi tenetur *pr. & §. fin. Inſt. de verb. obligat.* ad pœnã promiſſam præſtandam: ſin vero nulla pœna promiſſa eſt, tunc ſoluendo intereſſe liberatur, vt accidit in omnibus faciẽdi obligationib⁹ *l. 13. ff. de re iudic. l. 72. ff. de verb. obliga. l. 84. ff. eod.* Nec obſtat quod in *l. 2. §. fin. hoc tit.* dicitur, fideiuſſorem ex ſtipulatione iudicio ſiſti teneri ad veram quantitatem: hoc enim ſic accipiendũ, quãti vere intereſt actoris, reum in iudicio cõparuiſſe, per *l. 3. §. hoc interdicto ff. vti poſſid. l. fin. ff. de prætor. ſtipulat. l. ſi dictũ pr. de euict.* Ex omnibus n. faciendi obligationib. vt dictũ eſt, agitur de intereſſe, ſi factũ ſecutum non fuerit *l. 13. ff. de re iudic. l. 72. de Verb. obligat.*

Lit. A. Qu. 15. *Ex cautione iudicio ſiſti ad quid conueniãtur fideiuſſores & rei principalis?*

Nec obſtat ꝙ factum alienũ fruſtra promittatur §. 3 *Inſtit. de inutil. ſtipulat.* nam fideiuſſor hoc promittere intelligitur, ſe facturum, vt reus ſe ſiſtat.

Sed hoc ita, ſi fideiuſſor nõ in certã quãtitatẽ ſeſe obligarit *l. 2. & ſeq. ff. qui ſatiſd. cog.* alioquin in eã quãtitatem tenetur, etſi necdum appareat eam quantitatem deberi *l. 3.*

ff. qui

ff. qui ſatisd. cog. Et licet quantitatem iſtam fideiuſſione contentam excedat intereſſe & quantitas rei petitæ.

Similiter & reus ad intereſſe tenetur ſi cõſulto non paruit nec promiſſioni ſatisfecit: cum vt modo dicebatur ex faciendi ſtipulatione ad intereſſe tenemur *d. l. 13. ff. de re iud. & d. l. 72. de Verb. obligat.*

Quod ſi tamẽ iuſta habuerit impedimẽta, quibus obſtantibus, ſui copiam ſecumq; agendi poteſtatem facere non potuit, meritò excuſatur, quo ſpectat *tot. tit. Dig. ſi quis caut. in iud. ſiſt. cauſ. fact.*

Hoc vero caſu, cum prior euanuerit, cõſultum erit reuocari ſatisdationem *l. 96. §. 2. de ſolut.* Idemq; dicendũ ſi interim fideiuſſor in inſignem calamitatẽ lapſus fuerit, ſic vt locuples & idoneus eſſe diſierit: ſecus vero ſi ab initio fideiuſſor pauper fuerit, idque actor ſciuerit: tum enim quem ſemel approbauit, amplius reprobare non poteſt *arg. l. 13. §. fin. ff. ad l. Iul. de adult.* & ſibi imputare debet, quod tales fideiuſſores acceperit, quos hoc ipſo, quantũ ad ſe attinet, idoneos fecit *l. 1 §. illud ſciendum. ff. de ſeparat.* niſi forſitã in fideiuſſore noua ſuſpicionis cauſa emergat, quæ initio fideiuſſionis latuerit. Et hoc diſerte expreſſiſſe videtur Paulus in *l. 10. §. 1. ff. qui ſatisd. cog.* in qua Vlpianus, *Qui ex ea cauſa probat ab arbitro probatos, alias improbatos probat, mul:toq; magis ſi ſua volũtate accepit fideiuſſores, contẽtus his eſſe debet, quod ſi medio tẽpore calamitas fideiuſſoris inſignis, vel magna inopia accidit, cauſa cognita, ex integro ſatisdandũ erit.* Et ſane tritum eſt illud atque vulgare quod ea, quæ de nouo emergunt, nouo indigeãt auxilio *l. 1e ætate. 1. §. ex cauſa de interrogat. in iur. fac. l. 4. vt in poſſ. legat.*

Nec videtur ſatisdatum, niſi ad litẽ vſque cõteſtatam duret ſatisdatio: hinc & prætor ſæpius ſatisdare præcipit, ſi ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſiit *l. 4. de prætor. ſtip.*

Lit. B. Si illuſtres perſonæ, quas ad iuratoriam cautionem admitti ſupra diximus, cautioni ſuæ non ſatisfaciant, nec ſe ad terminum præfixum iudicio ſiſtant, tum ex cõſtitutione Honorij & Theodoſij, quæ extat in *l. pen. C. de dignit.* hęc periurij pœna ipſis irrogatur vt in ciuili cauſa mittatur actor in poſſeſſionem; in criminali vero ſpolientur illuſtri dignitate, & inconſulto principe damnentur. Ex Conſtitutione vero recentiori Iuſtiniani quæ habetur in *Nouell 53. c 4.*

Pœna periurij, præter ſuperiores hæc eſt, vt abſens reus & latitans, qui deierauit iudicio ſiſti, non citetur edictis ſolẽnibus, quẽadmodũ cæteri ſolẽt, ſed requiratur & ducatur: & quamuis ſint ex iſtis perſonis, quæ ſatiſdatione nõ grauantur, nunc tamen idoneè ſatisdare cogatur, nec amplius iuratoriæ cautioni committatur. Cuiacius ad *leg. pen. & d. Nouell 53. c. 4.*

Quod ſi nobilis ex arreſto contra fidẽ datam fugit, puniendus erit, tanquã cõfeſſus ex delicto, ob quod arreſtabatur, puniend⁹ erit, ex ſententia Maſcardi & Autoris noſtri, verũ hæc ſentẽtia paulo durior eſſe videtur; tum quia ex huiuſmodi fuga præſumpta ſolum orietur confeſſio, quæ in criminalib⁹ ad condemnandum reum non ſufficit *l. fin. C. de probat.* tum quia fuga è cuſtodia & carcere, etſi punienda ſit, *l. 3. ff. de cuſtodia & exhib. reor.* non tamen ordinaria pęna eius delicti ob quod incarceratus erat reus, ſed extraordinaria aliqua pœna. Et quãquam Accurſius ſic accipiat illã *l. 13.* quod velit è carcere fugientẽ eadem pęna plectẽdũ, qua delictum principaliter erat vindicãdum, id tamen durũ eſſe, nec ſeruari ſe vnquã vidiſſe ſcribit weſenb. in *parat. de cuſtodia & exhib. reor. n 4.* tum etiã quia *d. l. eos 13.* loquitur de fugientib. è carcere illumq; effringentibus, non etiã de fugiẽtibus ex arreſto. Proinde, tanquã dura & odioſa, non erit vltra ſuos limites ac terminos, in quibus loquitur extẽdenda *arg. cap. odia. de R. iur. in ſext.* maxime cum arreſtum non niſi per ſimilitudinem quandam carcer dici poſſit. *Lit. C.*

Cęterũ hodie Illuſtres perſonę non amplius cautioni iuratoriæ committuntur ſed ſatisdare coguntur vt & ſupra *theſi 2. lit. B.* dictum fuit.

Reb-

Reliqui qui illuſtres nõ ſunt, ſi cõtra iuratoriã cautionem veniant cauſa cadunt vt quadam Græca conſtitutione, quæ deſideratur cautũ fuiſſe, Cuiacius teſtatur ad *Nou. 53. c. 4.* Ego extra ordinem puniẽdos exiſtimo cũ periurij pęna nulla ſit ordinaria iure ciuili ſtatuta, & de iſta cõſtitutione Græca, quã Cuiac. allegat, ſatis non liqueat: equidẽ iure Saxonico oẽs in genere contumaces ante litis cõteſtationem cauſa cadere; poſt vero non item, teſtatur Weſenbec. *in paratitl. qui ſatisd. cog. n. 10.*

Sic demũ ſatiſdationem iudicatum ſolui cõmitti, ſi nõ iuſta aliqua cauſa impeditus fuerit reus, quominus cõpareret, ſupra dictũ eſt ex *tit. Dig. ſi quis cautionib.* Talis vero cauſa eſt, ſi terminus pręfixus & dies cõparitionis ſtatutus in ferias incidat: vel iuſta ſubſit dilatiõis cauſa: hinc igitur de FERIIS & DILATIONIBVS tractatus ſequitur.

RESOLVTIO THESIS *Nonæ.*

Lit. A. FEriæ ſunt vacationes à forẽſibus negotiis Hotom. *in Epit. Iur. tit. de Ferijs.* quia vt in *l. 9.* Vlpian. ſcribit, *Feriæ à forẽſibus negotijs vacationẽ tribuũt.* vel, vt Zaſiꝰ eas definit, ſunt dies, quibꝰ à iudicialibus vacatur. Vel ſunt dies, quib. ius non dicitur, nec ſui poteſtatem magiſtratus facit *l. 5. ff. de ferijs.* Weſenbec. in *paratitl. de ferijs. n. 2.* Quæ omnes definitiones ab effectu iuris reductæ, ad ꝓpoſitum noſtrum accommodatæ ſunt.

Lit. B. Dictæ autem ita ſunt feriæ à feriendis victimis, vel à ferendis epulis, eo quod his diebus litari ſolet, Autore Feſto & Gellio *lib. 4. Noct. Attic. 6.* Dictæ etiam ſunt *Iuſtitiũ*, eo quod ius illis diebus ſtaret, nec progrederetur. Item *Nefaſti*: vnde *Faſti* dicuntur illi dies quibus lege & iure experiri licet.

Feriæ autẽ ſũt duplicis generis: nã ſunt Solẽnes atq; legitimę ſiue anniuerſarię, veluti meſſiũ & vindemiarũ, itemq; religionis & ad cultũ diuinũ ſolenniter celebrandum inſtitutæ: aliæ repentinę, quæ extra ordinẽ, veluti ob lætitiã vel triſtitiã publicam indicuntur. Quæ diuiſio habetur in *l. 3. C. de dilat. & l. 26. §. ſi feriæ. ff. ex quib. cauſ. maior.*

Tam ſolẽnes quã repẽtinę inſtitutæ ſunt, vel ad cultũ & honorẽ Dei, & recte diuinæ appellantur, vel ob cauſã profanã veluti ad honorẽ Principis, ad Nundinas, ad Vindemiam & meſſem ac collectionẽ fructuum. Cæterũ feriæ, humanis vſibus dedicatæ, omnibus omnino proſunt, etiã illis, qui illis dieb. nõ ſũt in nũdinis aut vindemiis occupatæ: ſicut n. diſpoſitiones legũ generales ſunt & ſuum vigorẽ ad omnes ſubditos extendunt *l. 1. 3. C. de ll.* ita & beneficia legibus propoſita, generatim omnib. accõmodantur & ad oẽs pertinẽt. Weſenb. *de ferijs n 7.* *Lit. D.*

Nec obſtat ratio *l. 1. ff. de ferijs*, ob quã die feriarũ in ius vocari non poſſit, quia nẽpe homines occupati circa rem ruſticam ab ea non ſint auocandi: hęc igitur ratio, in quib. perſonis ceſſet atq; deficiat, in iis quoq; ceſſet priuilegiũ legis. Reſp. Nam primo quidam dicunt hanc eſſe rationem ſaltem impulſiuam, qua ceſſante, lex non deficiat *arg. l. 1. §. Fœminas. ff. de poſtul.* Deinde aiunt ſufficere quod ratio hæc in plerisq; verificetur.

Repẽtinæ & extraordinariæ feriæ inde ſic dicuntur, quia caſu ita ferẽte, indicũtur *l. 3. & 4. C. de ferijs.* Has vero extraordinarias & repentinas ferias olim indixiſſe regẽ Sacrificulũ & Prętorẽ, docet Ræuard. *5. Varior. 19.* illudq; demõſtrat ex Varrone Gellio & Macrobio. Illũ quidẽ indixiſſe ait, ferias ſacrorũ rite peragendorũ gratia: hũc vero ſolius à forenſibus negotiis vacationis cauſa. Atq; huc pertinet ꝙ Vlpian. ſcribit in *l. 26. §. 5. ff. ex quib. cauſ. maior. Si feriæ extra ordinem ſint indictæ, ob res puta proſpere geſtas, vel in honorem principis, & propterea magiſtratus ius nõ dixerit, C. Caſſiꝰ nominatim edicebat reſtituturũ ſe, quia per prætorem videtur factum. Solennium enim feriarũ rationẽ haberi non debere, quia proſpicere eas potuerit & debuerit actor, ne in eas incidat.* Senſus enim eſt, ſi prætor extra ordinẽ ferias indixerit, & per hoc erẽpta actori ſit actio tẽporalis, ꝙ eo die magiſtratus ius nõ dixerit, hoc eſt ꝙ dies ille nefaſtꝰ fuerit, actio- *Lit. E.*

actionẽ eiuſmodi reſtituendã eſſe, quod non per actorẽ, ſed per prætorem, qui extra ordinẽ ferias indixit, actio exẽpta ſit. Et quia huiuſmodi feriæ, quas imperatiuas appellant, non poſſunt proſpici; ideo etiam omni carere culpa videtur actor: ꝙ vtiq; non fieret, ſi ſolennibus, hoc eſt ſtatiuis ferijs, actio exẽpta foret. Huiuſmodi enim feriæ, ſtatis obſeruationib⁹ in albo faſtorum annotatæ, facile potuerunt ſine aliqua indictione ab actore prȩuideri. Et ita ſatis eſſe perſpicuum puto, quid ſit apud Vlp. *extra ordinem ferias indicere.*

Lit. F.
Qu.16. *Quibus ferijs poſſint litigãtes renũciare?*

Solennibus & ordinariis feriis, ſi ad hominũ vtilitatẽ ſint ordinatæ & inſtitutæ, licet renunciare: tum quia partium fauorẽ concernũt, cui licite renũciare queũt: *l. pen. C. de pact.* tum quia verba edicti de iſtis feriis ita ſunt concepta, ne quis inuitus in ius vocari debeat. Vnde colligitur, quod volentes in ius venire poſſint: idq; etiam haut quaquam diſſimulat Vlpian⁹ in *l. 1. ff. de ferijs & dilat.* ita ſcribens: *Sed ſi prætor aut per ignorantiam vel ſocordiam euocare eos perſeuerauerit hiq; ſponte venerint, ſiquidem ſententiam dixerit, præſentibus illis & ſponte litigantibus, ſententia valebit, tametſi non recte fecerit, qui eos euocauerit.* Quibus verbis ſane per quam dilucide oſtenditur, quod partes, quarum commodum feriæ reſpiciunt, poſſint illis renunciare & coram prætore litigare.

Cæterũ feriis ordinariis & ſolennibus, cultui diuino cõſecratis & deſtinatis partes nullo modo renunciare queunt, tum quia lege morali, quæ æterna & immutabilis eſt, iubemur diem dominicã ſanctificare & ab omnib. ꝓfanis operib. & negotiis quieſcere: tum q̃a huiuſmodi ferię nõ pertinent ad fauorẽ partiũ. Igitur illis renunciare nequeũt, q̃m quiſq; ſuo dũtaxat fauori renũciare queat *d. l. pen. C. de pa.*

Idem plane de repẽtinis feriis dicendũ quæ in honorẽ principis ob partã victoriam ſunt indictę: quoniã publicũ magis, quã priuatũ fauorẽ ſpectant: iuri autẽ publico renunciari non poteſt *l. 38 ff. de pact.*

Et hæc ſententia confirmatur *l. Omnes iudices. C. de ferijs*, in qua præcipit Conſtãtinus vt omnes iudices, vrbanæq; plebes & cunctarum artium officia venerabili die ſolis quieſcant.

Idemq; clarius adhuc in *l. fin. C. de ferijs.*

Nec obſtat *l. 1. ff. de ferijs*, quæ in genere probare videtur, quod partes poſſint feriis renũciare: nam loquitur iſta *l. 1.* de feriis ordinariis & ſolennibus ad vtilitatẽ hominum ordinatis & inſtitutis.

Qu.17. *An feriæ ſacræ à magiſtratu tolli & mutari poſſint?*

Illud certum & expeditum videtur ꝙ feriæ ſacræ poſſint à magiſtratu variari & mutari, non autem tolli: quia iuris diuini diſpoſitionem & conſtitutionem homines tollere nequeunt, niſi ex vrgente aliqua cauſa & ſumma neceſſitate.

Hoc dilucide probãt Leo & Anthemi⁹ in *l. Prouinciarum C. de ferys. Prouinciarum præſides moneantur, vt quæſtionibus latronum & maxime Iſaurorum, nullum quadrageſimæ tempus, nec venerabilem Paſchæ diem exiſtiment excipiendum, ne differatur ſcelratorum proditio conſiliorum, quæ per tormenta quærenda eſt*: cum facilime & in hoc ſummi numinis ſperetur venia, per quod multorum ſalus & incolumitas procuratur.

Nec aduerſatur quod id, quod iure ciuili inductum eſt, cõtrario iure tolli poſſit *§. vlt. Inſt. de leg. agnat. tut. §. pen. Inſtit. de iur. nat. gent. & ciu.* Feriæ autem pleræque ſacrę ex ordinatione hominum atque inſtituto ciuili deſcendant.

Reſp. Beneſ n. ad hoc Riminaldi argumentum reſpondet Menochi⁹, licitũ eſſe iure ciuili aliquid ſtatuere ad cultũ diuinũ augẽdum, nõ vero ad eundẽ minuẽdũ & ideo variari quidẽ poſſe, ex certa cauſa, ſacra feſta, ſed non tolli, quia non à ſimplici iure ciuili, ſed à iure diuino & lege antiqua inductæ fuerint.

Qu.18. *Quinam actus prohibeãtur die dominica celebrari?*

Sed num omnes act⁹ ciuiles die dominica peragi prohibeãtur, quæſtionis eſt? & quidẽ omnes prohiberi, niſi quas excipi ratio diuini humaniq; iuris poſtulat.

Et primo prohibentur omnes actus cõtẽtioſæ iuriſdictionis, qui ſcilicet inter litigantes & contendentes exercentur *l.fin.C. de ferijs.* volũtariæ vero iuriſdictionis actus exerceri poſſunt, emãcipatio videlicet & manumiſſio *l. 8. C.d. tit.* quia hi actus cauſæ cognitionẽ & diſceptationem non deſiderant.

Nec obſtat quod in *d.l. final.* permittatur die dominica contractus celebrare in *verb. pacta conferant.* vnde cõcludit Riminaldus ꝙ & iudicium exerceri & lis tractari poſſit: nam loquitur ea *l.final.* de pactis & tranſactionibus, quibus à litib⁹ & iurgiis receditur, quæ pacem, non autem cõtrouerſiam adferunt, reliqua vero pacta & contractus die ſacro fieri prohibẽtur, *c. 1. de ferijs.* vbi ita ſcribitur: Omnes dies dominicos à veſpera ad veſperã, cum omni veneratione decernimus obſeruari & ab omni illicito opere abſtinere, vt in eis mercatũ minime fiat, neq; placitũ, neq; aliquis ad mortẽ, vel ad pœnam iudicetur: nec ſacramenta (niſi pro pace vel alia neceſſitate) præſtentur.

Et quod in ſacris feriis non poſſint iudicia exerceri diſerte probat *d.l. fin.* cuius verba hæc sũt: *Dies feſtos maieſtati altiſſimæ dedicatos, nullis volumus voluptatib. occupari, nec vllis exactionũ vexationibus profanari. Dominicũ itaq; diẽ ita ſemper honorabilẽ decernimus & venerandum, vt à cunctis executionib⁹ excuſetur: nulla quemquã vrgeat admonitio, nulla fideiuſſionis flagitetur exactio, taceat apparitio, aduocatio deliteſcat, ſit ille dies à cognitionibus alienus, præconis horrida vox ſileſcat, reſpirẽt à controuerſiis litigantes, & habeant fœderis interuallũ, ad ſeſe ſimul veniãt aduerſarij non timẽtes, ſubeat animos vicaria pœnitudo pacta cõferant: tranſactiones loquãtur. Nec huius tamẽ religioſi diei otia relaxãtes ob. ſcœnis quemquã patimur voluptatib. detineri. Nihil eodẽ die ſibi vindicet ſcena theatralis, aut Circenſe certamẽ, aut ferarũ lachrymoſa ſpectacula, & ſi in noſtrũ ortum aut natalẽ celebrãda ſolẽnitas inciderit, differatur. Amiſſionẽ militiæ, proſcriptionẽq; patrimonij ſuſtinebit, ſi quis vnquã hoc die feſto ſpectaculis intereſſe, vel cuiuſcunq; iudicis apparitor, prætextu negotij publici ſeu priuati, hæc, quæ hac lege ſtatuta ſunt, crediderit temeranda.*

Excipiũtur inſuper opera miſericordię & charitatis Chriſtianæ, quæ ad nullum certũ tẽpus alligata ſunt. Licet n. ſabbato benefacere, licet eleemoſynã exhibere, licet iuuare periclitantem, & alia opera, quæ ad Canonem & amiſſim dilectionis Chriſtianæ quadrant.

Et cũ miſericordia & dilectio ꝓferatur ſacrificiis, teſte Oſea, ante omnia nos decet ſectari charitatem, quę vinculum perfectionis eſt, eamque operibus inſuper teſtatam faciamus, diligendo non lingua aut verbo, ſed opere & verbo.

Excipitur deinceps caſus neceſſitatis, teſte Chriſto, Saluatore noſtro *Luc. 14.* qui die ſabbati ſanãdo hydropicũ oſtendit opera neceſſitatis dieb. ſacris nequaquã eſſe intermittẽda, ibidẽq; exẽplo de boue & aſino in puteũ delapſo idipsũ clariſſime euincit. Et *1. Macab. 2.* cũ nõnulli pij Iudæi metuerẽt, ne reſiſtẽdo hoſti armata manu, ꝓfanarent ſabbatũ & hinc vitæ periculũ, imo iacturã & diſpendiũ ſibi accerſerẽt, recte & ſapiẽter Matthias, vna cum ſuis ſociis, decreuit, ſi porro vis aliqua inferatur, velle ſe etiã die ſabbato arma cõtra hoſtem, ad ſui defenſionem, ſumere.

Atq; huc pertinet conſtitutio Imperat. Conſtãtini in *l. 3. C. de ferijs.* vbi ait, *Ruri autẽ poſiti agrorũ culturæ libere licenterq; inſeruiant, quoniam frequẽter euenit, vt non aptius alio die frumẽta ſulcis aut vineæ ſcrobibus mãdentur, ne occaſione momenti pereat commoditas cœleſti prouiſione conceſſa.*

Hinc & ea, quę morã & dilationẽ nullã patiũtur, die dominica fieri poſſunt; quo pertinet ꝙ de operis noui nũciatione ſcribit Vlp. in *l. 1. §. 4. ff. de non. oper. nũc.* Operis noui nũciationẽ fieri poſſe omnib. dieb. quia etſi cauſæ cognitionẽ deſiderat, tũ & ea, quæ ſine cauſę cognitione fieri nequeunt,

queũt, celebrari poſsũt die dñica. Sed vide de hoc quæ dicẽtur infra *part. 2. diſp. 18.*

Sed anne & laudũ die feriata ab arbitratoribus ferri poſſit quęritur? & placet affirmatiua ſentẽtia Menoch. quia illi act⁹, qui cauſæ cognitionẽ nõ deſiderant & ad amicabilem compoſitionẽ litigantiũ nec nõ cõtrouerſiarũ ac litiũ tranſactionem pertinẽt, die etiã dñica celebrari poſſunt. *d. l. fin.* Tale vero eſſe laudum planum eſt.

Veruntamen citationem die feſto, etſi fiat ad diem non feſtum, non valere nec legitimam eſſe, oſtendimus ſupra *præced. diſp. 4. th. 4. lit. C.*

Poſtremo, cũ hodie plurib. in locis receptum eſſe conſtet Calendar. Gregorianũ, ſic vt ferię ſæpiſſimè diſcrepẽt, nõ fruſtra quæritur, an actoris, an rei, an iudicis feriæ ſpectãdæ ſint? Putat Autor noſter ferias iudicis eſſe ſpectãdas, quia ferię dicãtur, quib. iudex ſui copiã nõ facit, quibuſque ius ſtat, nec ꝓgreditur, vt ſub initiũ huius theſeos notauimus. Deinde q̃a cũ iura & ſtatuta variant, locus cõtract⁹ ſpectari debet, vt tradit Gail. *2. obſ. 123. n. 2.* atqui in loco vbi iudex commoratur & ius reddit quaſi cõtrahere dicũtur litigantes litẽ cõteſtãdo. Igitur in hac diſcrepantia Calendariorũ loci vbi iudex eſt, feriæ obſeruari debẽt. Sed ęquius tñ eſt rei quoq; rationẽ in caſu noſtro haberi, ita vt citatio nõ fiat in eũ diẽ q̃ vel reo, vel iudici feſtus ſit, & pia deuotione ac precibus, diuinoq; cultu ſanctificãdus. Quia in piis precibus cultuq; diuino nemo impediẽdus nec ab vllo magiſtratu auocãd⁹. Proinde ſi q̃s ad iudicẽ illius loci citatus eſſet, vbi Gregor. Calendarium receptum eſt, & terminus citationis in loco rei incideret in diẽ Natalem Saluatoris noſtri, non puto cogi eum poſſe vt eo die corã iudice ſe ſiſtat, ac cum aduerſario litiget.

Resolutio Thesis Decimæ.

Lit. A. Dilationem definit Treutlerus, quod ſit *dies per iudicem cum cauſa cognitione facta prorogatio*, ſiue ad aliquid expediendum aſſignatio.

Ad quã definitionẽ plenius intelligẽdã, ſciẽdũ eſt, dilationẽ triplicis eſſe generis. Vnam legalẽ, quę autoritate legis conſtituitur qualis eſt decendiũ ad appellandũ conceſſum in *Auth. hodie. de appell.* triginta dies ad acta cũ iudicis ſuſcriptione edẽda. *l. iudicib. C. de appell.* ad introducẽdã appellationẽ intra duos *l. 2. §. fin autẽ C. de temp. app.* vel 3. aut 6. mẽſes *l. vlt. C. de tempor. app.*

Secunda dilationis ſpecies eſt iudicialis quę à iudice cõceditur & indulgetur, de qua ſola hic agitur.

Tertia conuentionalis, quæ conuentione partium conſtituitur.

Quæ diſtributio ſumitur ex cauſa conſtituente dilationis, quæ triplex eſt: nam conceditur vel à lege, vel à iudice, vel cõuentione partium.

De ſola vero iudiciali dilatione hoc loco agitur, quæ à legali plurimũ differt: legalis quippe dilatio cauſæ cognitionẽ nõ requirit: at iudicialis, vt noſtra innuit definitio, requirit cauſæ cognitionem, per textum in *l. fin. ff. de ferijs & dilationib.* nam materia tergiverſationis, quantũ fieri poteſt, amputanda eſt *l. 2. C. de temporib. & reparat. appellat.* iudex proinde, pro ſuo arbitrio, dilationem concedere non poterit, niſi rerum vrgentiſſima ratio flagitet & neceſſitas deſideratæ inſtructionis exegerit, ad hoc igitur cauſæ cognitio requiretur, vt ſciat iudex, ſitne iuſta cauſa concedendæ dilationis.

Deinde & eo differũt ꝙ dilatio iudicialis ſit in arbitrio iudicis ab eoq; iuſtam ob cauſã ꝓrogari poſſit, cauſę tñ cognitione accedẽte: at tempus dilationis, à lege definitum, à iudice neq; prorogari neq; coarctari poſſit. Quod tamẽ cũ hac diſtinctione intelligendũ, vt ſi quantitas tẽporis à lege ſit expreſſa & terminus dilationis definitus, tum iudex, qui miniſter eſt legis, nequeat terminum mutare, niſi ob magnam cauſam. Sin vero quantitas dilatio-

Digitized by Google

lationis & terminus à lege expreſſus non eſt, cum à iudice prorogari poſſit.

Quid igitur ſi per iudicē ſteterit vt tēpus dilationis legalis effluxerit? æquitas ſuadet culpam iudicis, parti non nocere, nec eâ præiudicari, cui nil quicquam imputari poteſt, ꝙ temp⁹ dilationis eſt prætérlapſum, ideo noua quidē dilatio non erit hoc caſu concedenda, cum, vt dictū eſt, amputandæ ſint dilationes, ſed prior dilatio proroganda erit: ita Autor noſter: ſed parum ſane intereſt, vtrū noua detur dilatio, an prior prolongetur. Hac autem pendēte dilatione, monet Autor noſter, non procedi debere ad vlteriora, niſi ſuper alio articulo, ſuper quo dilatio facta non eſt: niſi iudex interloquendo dilationem reuocet, aut is de fuga ſuſpectus ſit, cui dilatio conceſſa eſt.

Lit. B. In propoſita dilationis definitione generis loco conſtituitur aſſignatio diei: & recte, quia iudex dilationem alicui cōcedendo, diem certum aſſignat ad quem aliquid fieri oporteat. Ab hoc vero nō diſſentit magnopere, ſed in effectu cōuenit, quod Weſenbecius ſcribit, dilationem eſſe tempus, quod ad actum iudicialem faciendum conceditur.

Lit. C. Impetrata dilatio ab vno litigatorū, alteri etiā prodeſt, ſic vt ipſo inuito nō poſſit dilationi renunciare is, qui eam impetrauit, quoniam ſtatim alteri ius quæſitū eſt, quod inuito adimi per renunciationē non poteſt *arg. l. 11. ff. de R. Iur.* Quod autē dilatio cōceſſa actori, proſit quoque reo & vice verſa, textus eſt dilucidus in *l. petēda. 6. C. de temporib. in integr. reſtit.*

Et quanquam Salicetus ad propoſitū argumentum reſpondeat, in caſu noſtro ius pure & perfecte quæſitū non fuiſſe; id tamen nō refragatur & cōtrarium euincit adducta *l. petenda C. de temp. reſtit.*

Lit. D. Nullū vero dubium eſt, quin ſicut à iudice dilatio hæc indulgetur, ita quoq; ex iuſta cauſa eam prolongari poſſe, aut etiā contrahi, cum hactenus in arbitrio ſit iudicis. Quin & hoc extra omnem controuerſiam eſt poſitum ꝙ iudex dilationem conceſſit, certo termino non oppoſito, quod terminus adhuc pro ipſius arbitrio cōſtitui poſſit, cum, vt Menoch. ait in dilationib⁹ plurimū valeat iudicis arbitriū.

Quod ſi tamen plene ac penitus eſt elapſa dilatio, parte inuita non poteſt iudex eam prolongare, idque ex hac ratione quod dilatio omnis ſit peremptoria vt mox in ſequente theſi oſtendetur.

Cæterū cauſæ propter quas coarctari poſſunt, vel reſtringi dilationes, variæ ſunt, ita quoque vna regula non poſſunt definiri, ſed ex arbitrio iudicis pendent, quia pro ſua diſcretione æſtimabit, quænam ad hoc ſufficientes ſint. *Lit. E.*

Sic & tempus harum dilationū eſt arbitrariū, cum nullibi in iure reperiatur definitum. Nec obſtant *l. 69 ff. de iudic & Authent. qui ſemel. C. quomodo & quando*: non enim de dilatione iudiciali, ſed de legali loquuntur: quāquam etiam legales dilationes, ex cauſa coarctari & prorogari valeant. Cū ex iuſta cauſa poſſit à regulis iuris recedi. Atq; hanc ſententiā in Camera quoq; eſſe receptam teſtatur Gail. *1. obſ. 91.* *Lit. F.*

RESOLVTIO THESIS *Vndecimæ.*

Dilationes porro aliæ sūt in cauſis ciuilibus, & aliæ in criminalib⁹: in ciuilibus vna datur dilatio, quæ peremptoria eſt, quaq; elapſa aliæ non concedūtur. Ita Vlpian. *Oratione quidem Diui Marci amplius quam ſemel non eſſe dandam inſtrumētorum dilationem expreſſa eſt, ſed vtilitatis litigantium gratia, cauſa cognita, & iterum dilatio tam ex eadem, quam ex alia prouincia ſecundum moderamen locorum impertiri ſolet. L. 7 ff. de ferijs & dilationibus.* *Lit. A. Qu. 19. Quot dilationes in ciuilibus ſint cōcedendæ?*

Ratio autē cur in ciuilibus vna ſaltē indulgeatur dilatio hęc eſt quod dilationes etiam ex iuſta cauſa conceſſę odioſæ ſint, quia liti moras adferunt, quas quam citiſſi-

citiſſime ſopiri publice intereſt, & ipſorum quoque litigatorum *l.1. C. de admin. tutor.* Quocirca rectiſſime conſtitutum eſt ne ſæpius detur dilatio etiam ex cauſa, ſed ita demum, ſi iuſta & neceſſaria vrgeat cauſa, vt ſi iuſtum interuenerit impedimentum, vel altera pars impedita fuerit facto aduerſarij vel nouæ ſuperuenerint exceptiones, vel probationes, vel aliud incidens: nam tunc non ſolum ſecunda, ſed & tertia & quarta dilatio dabitur: hanc tamen qui vult impetrare, iuramentum prius præſtare debet, ſe illam non malitioſe nec doloſe poſtulare *nou.90.c.4.* vltra quartam hanc quinta dilatio nulla plane ex cauſa concedi debet, quamuis quarta ex iuſta & graui ſuperueniente cauſa prolongari poſſit, ſic tamen vt ad hoc non ſit facilis iudex, ne fraus fiat legi, neue in effectu quinta dilatio permittatur Gail. 1.*obſ.91.*Roſbach. *prax. ciuil.tit. 37.*

His vero non aduerſatur *l. vltim. ff. de ferijs & dilationibus*, vbi dicitur in pecuniarijs cauſis omnem dilationem ſingulis cauſis plus ſemel tribui non poſſe.

Reſp. Nam hoc ita regulariter obtinet, ſed in certis quibuſdam caſibus plures conceduntur dilationes: nec enim exceptio tollit regulam, ſed illam confirmat in caſibus non exceptis.

Antonius Faber reſpondet, non potuiſſe olim plures, quam vnam dilationem concedi, prohibente D. Marci conſtitutione, de qua in *d.l.7.eod.tit.* ſed hodie poſſe ex Dioclet. & Maxim. conſtitutione in *l.1.C.de dilat.* vbi dicitur, *ipſa rerum neceſſitate hoc ius euictum fuiſſe, ſolere enim, ait, neceſſitatem facere licitum, quod alioquin eſſet illicitum.*

Lit. B. In criminalibus cauſis quæ maioris ſunt momenti, vtpote in quibus vt plurimum vel de capite agitur, vel de fama & exiſtimatione *l.28.ff.de pœnis* non vna tantum, ſed plures conceduntur dilationes, ne alioquin reus conqueri poſſit læſam eſſe ſuam innocentiam, vel actor deficere in probatione criminis, quod tamen probari, probatumque puniri maxime intereſt Reipubl. *l.51.§.vlt.ff.ad L.Aquil.l.6.C.de defenſor.ciuit.* Anton.Fab. *ad d.l fin.* Dantur igitur reo tres dilationes, accuſatori vero duæ, ſed vtrumque cauſa cognita *d.l. fin.* plures vero reo dantur, quam accuſatori dilationes quia rei fauorabiliores ſunt quam actores *l.41.& l.125.ff. de reg. iur.* & leges proniores ſunt ad nocentem abſoluendum quam ad innocentem condemnandum *l.5.ff.de pœnis l.Arrianus.ff.de obligat. & act.*

Excipitur hic Adulterium, in quo nullæ omnino dilationes concedendæ ſunt, niſi vt perſona exhibeantur, aut iudex ex qualitate negotij motus hoc cauſa cognita permiſerit. *l.41.ff.ad L.Iul.de adult.* Ratio huius conſiſtit, cum in odio adulteri, tum in fauore matrimonij.

RESOLVTIO THESIS *Duodecimæ.*

Coronidis loco ſubijcit Autor noſter: in Camera Imperiali heredi ſeu ſucceſſori eius, cui quarta dilatio conceſſa erat, nouam dari dilationem, ita vt iuramento opus non ſit, nec reſtitutione, ſi intra tempus quartæ dilationis, viuo adhuc principali, examen abſolutum non fuit. Mynſing. *1.obſ.79* Gail.*d.obſ.91.n.17.lib.1.* cuius rationem hanc adducunt, quod ſucceſſori nulla penitus mora aut malitia extrahendi proceſſum imputari poſſit: iuramentum enim cum ſit ex parte iurantis perſonale, morte eius finiri, neque ad heredes tranſire *c.veritatis.de iureiur.*

FINIS disputationis quintæ.

Digitized by Google

XXVI. An pactum fideiuſſoris proſit debitori? ibid.
XXVII. An infantes paciſci poßint? 367
XXVIII. An furioſus paciſci poßit? ibid.
XXIX. An Ebrius paciſci & ex pacto obligari poßit? ibid.
XXX. An Ebrius ex delicto obligetur? 368
XXXI. An impuberes obligentur ſine autoritate authorum? 369
XXXII. An pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus obligetur, ciuiliter an vero tantum naturaliter? 375
XXXIII. An infans, perinde vt furioſus, tutore Autore paciſci nequeat? 376
XXXIV. An minor viginti quinque annis obligetur abſque curatoris conſenſu? 378
XXXV. Quinam ſit prodigus & à quo ei bonis interdicatur? 386
XXXVI. An prodigo interdicatur ipſo iure bonis. 387
XXXVII. An prodigus ex pacto ſuo & contractu ſine curatoris conſenſu inito obligetur ſaltem naturaliter? 390
XXXIIX. An ſerui paciſci poßint? 393
XXXIX. An deportati poßint paciſci & vtrum amittant libertatem? ibid.
XXXX. An quis alteri, præſertim ſanguine iuncto paciſcendo acquirat? 396
XXXXI. An pater filio tanquam heredi poſſit acquirere paciſcendo? ibi.
XXXXII. An ſi plures habuerit heredes vni poßit paciſci? ibid.
XXXXIII. An cum hoſte paciſci liceat? 398
XXXXIV. An transfugis ſit pactio & fides data ſeruanda? 399
XXXXV. An latroni ſit fides ſeruanda? 400
XXXXVI. An precium pro capite latron promiſſum ſit præſtandum? ibid.
XXXXVII. An liceat cum hoſte infideli paciſci ac fœdus inire? 401
XXXXVIII. An princeps cum ſubdito vel priuato paciſcendo obligetur? 402
XXXXIX. An princeps ex anteceſſoris ſui contractu obligetur? 403
L. An pactum de re turpi & inhoneſta ſit ipſo iure nullum? 404
LI. An pactum inter Aduocatum & Clientem valeat de quota litis? 405
LII. An valeat pactum de quota litis iuratum? 406
LIII. An valeat pactio de mercede inter medicum & ægrotum? ibid.
LIV. An valeat pactum illegitimum, ſi iuratum fuerit? 407
LV. Anne pactum de futura ſucceßione eius, cum quo paciſcimur, valeat? ibid.
LVI. An pactum ſucceſſorium iuratum valeat? 408
LVII. An valeat pactum de futura ſucceſſione reciproca? ibl.
LVIII. An valeat tale pactum reciprocæ ſucceßionis inter perſonas illuſtres? 409
LIX. An pactum mutuæ ſucceßionis valeat inter coniuges? 412
LX. An valeat pactio de tertij alicuius adhuc viuentis ſed incerti hereditate? ibid.
LXI. An pactum de hereditate certi alicuius hominis viuentis valeat, ſi is non conſentiat? 413
LXII. An valeat pactum ſi is de cuius hereditate ſit pactum conſentiat? 414
LXIII. An ſtatuto vel conſuetudine introduci poßit & pactum de futura neceßitate tertij valeat? 415
LXIV. An valeat pactio patris cum filio aut filia dote contenta, & nũ habeat regreſſum ad bona paterna? 416
LXV. An ſi filia renunciauerit ſucceßioni vel

Digitized by Google

vel in pactum patris cum fratre initum, vt hic ſolus ſuccederet, conſenſerit, valeat pactum? 417

LXVI. *An filia patre conſentiente renuncians ſucceſſioni paterna & quidem iurato, poßit ex teſtamento patris eſſe heres?* 418

LXVII. *An pactum de non ſuccedendo iure ciuili valeat, & ſi valet quatenus?* 419

LXVIII. *An renunciatio filiarum iurata ſit efficax & filiam à ſucceßione paterna excludat?* 420

LXIX. *An matris renunciatione filij à ſucceßione aui materni excludantur, ſi filiam ante patrem mori contigerit?* 421

LXX. *An facta renunciatione, fratribus adhuc ſuperſtitibus, illis poſtea defunctis admittatur filia?* 422

LXXI. *An filia quæ renunciauit dote accepta auctis poſtea parentum facultatibus ad ſupplementum dotis agere poßit?* ibid.

LXXII. *An ob enormem læſionem reſcindatur renunciatio?* 424

LXXIII. *An pactum nudum pariat obligationem naturalem, an vero duntaxat exceptionem?* 426

LXXIV. *An ex pacto nudo actio naſcatur?* 429

LXXV. *An de iure Canonico ex nudo pacto actio naſcatur?* 430

LXXVI. *An pactum contractui incontinenti adiectum actionem producat, & in ſpecie de pactis ſtrictis contractibus adiectis?* 432

LXXVII. *Quænam actio ex pacto in continenti contractui adiecto naſcatur?* 435

LXXVIII. *An ſi pecunia nec clauſa nec obſignata deponitur, vtrum maneat depoſitum?* 439

LXXIX. *Quatenus pactum, de ſubſtantialibus contractus interpoſitum, reformet contractum?* 441

LXXX. *Quænam pacta ex continenti & quæ interuallo adiecta dicantur?* 442

LXXXI. *Quomodo pactum prius tollatur per poſterius?* 444

LXXXII. *Quomodo ambigua pacta ſint interpretanda?*

RESO-

Digitized by Google

RESOLVTIO DISPVTATIONIS VI.

De PACTIS,

THESIS I.

Reſolutio.

Lit. A. Qu. 1. *An contractus ſit pactum?*

Pacti, vt & conuentionis nomen generale eſt, ita vt ſub ſe tanquam ſpecies pactum nudum & contractũ complectatur: ſic enim in *l. 71. ff. pro ſocio,* ICtus Paulus ſocietatem appellat pactum conuentum ſocietatis. Cui accedit quod infinitis prope in legibus Pacti nvdi fit mentio, vt in *l. 10. & l. 21. C. de pact. l. 1. C de pact. conuent. tam ſuper dote l. 45. ff. de pact.* At hoc fruſtra niſi & pactum aliquod ſit non nudum. Et quod diſtinctionis gratia pacta nvda dicantur, perſpicue probat *l. 10. C. de pact. l. 1. C. de. pact. conuent.* vbi regulam iſtam, quod ex pacto actio non naſcatur tunc procedere aiunt Impp. cum pactum nvdvm eſt: quæ determinatio & reſtrictio manifeſtiſſime arguit, quod ſit pactum aliquod non nudum, hinc igitur recte concluditur, quod contractus quoque ſit pactum: & quanquam aliquid amplius contractus ſit, quã duorum in idem placitum & conſenſus: non tamen propterea pactum non eſt; Homo amplius aliquid eſt, quam animal, & tamen nihilominus animal eſt: etenim ſpeciei ſemper plus ineſt quã generi, nempe differẽtia ſpecifica q̃ ſpeciem à genere nõ eximit, ſed eã à genere, & ſpecie diſcernit. Nec eſt quod aliquẽ moueat, ꝙ contractus actionem parit *§. vlt. I. de obligat.* Pactum vero nudum actionem nullam producit: illud enim de pacto duntaxat nudo intelligendum eſt: cæterum & pactum non nudum parere actionem, apertiſſime docet ICtus in *l. 45. ff. de pact. & Imp. in l. 10. C. de pact & l. 1. C. de pact. conuent. tam ſuper dot.*

Denique obſeruandum eſt, quod licet rarius pacti nomen ita generaliter capiatur, propria tamen ſit hæc generalis pacti ſignificatio: cui enim competit definitio, eidem quoque proprie competit definitum: atqui definitionem pacti, quæ habetur *in l. 1. ff. de pact. & l. 3. ff. de pollicitat.* competit non modo pactis nudis, ſed & contractibus, proinde propria eſt ſignificatio hæc pacti generalis.

Cur autem rarius vſurpetur in iſthac generali ſignificatione pactionis nomen, ratio hæc eſt, quod pactum non nudum habet peculiare & ſpecificum nomen, videlicet contractvs, adeoque in ſui generis nomine non acquieſcit.

Poſtremo obſeruandum eſt, quod etſi pactum infinitis in locis contractui opponatur; oppoſitio tamen iſta non ſit generis & ſpeciei, ſed ſit ſpecierum eiuſdem generis: adeoque contractui opponatur non quodvis in genere pactum, ſed pactum in ſpecie ſic dictum, ſeu pactum nudum: perinde vt adoptio, quando opponitur arrogationi, non intelligitur adoptio quævis in genere, ſed adoptio ſimplex, ſeu in ſpecie ita dicta. Vide quæ de hac controuerſia difficilima & intricatiſſima prolixe diſſerui in *tractatu meo de pact. c. 2. q. 10.* vbi diſſentientium argumẽta recita-

Digitized by Google

recitaui & ſolidè refutaui. Etſi porro proprietate ſermonis pactio differat à pacto; ſic vt pactio ſit cauſa pactū vero effectus, vt quod ex pactione naſcatur & proficiſcatur: ſitque pactio ipſe actus, ſiue factum contrahendi; pactum vero proprie ſit ius quod ex pactione exiſtit, ſiue obligatio, quæ ex paciſcendi actu naſcitur; in vſu tamen iuris noſtri pro ſinonymis frequentiſſime ſumuntur, vt idem ſit pactio quod pactum *l. 5. & 6. ff. de pact. l. 15. ff. de præſcript. verb. l. 1. ff. de rerum permutation.*

Lit. B. *Qu. 2. An promiſſio præſenti & tacenti facta ſit pactū an pollicitatio?*

Definitur pactum, in genere ſcilicet acceptum, quod ſit duorum pluriumue in idem placitum & conſenſus *l. 1. ff. de pact. l. 3. ff. de pollicit.*

Hinc ICtus Vlpianus differentiam pollicitationis & pacti deducit: hanc ſcilicet, quod pactum ſit duorum conſenſus atque conuentio: pollicitatio vero ſit offerentis ſolius promiſſum *d. l. 3. ff. de pollicitationib.*

Ex quo diſquirendi ac diſceptandi anſam arripuerunt interpretes noſtri, vtrū promiſſio præſenti & tacenti in commodum & vtilitatem eius facta, pactum ſit, an vero pollicitatio?

Et quod pollicitatio ſit, non pactum, recte Connanus *5. comm. 8.* Andr. Fachin. *8. controverſ. 64.* Duarenus *ad l. 1. ff. de pact.* Decius *ad rubric. C. de pact.* ſtatuunt, quicquid etiam in contrarium adducant Baldus in *l. ſenium C. qui teſt. fac. poſſ.* Alciatus *in rubrica de verb. obligat.* Cagnol. *in rubric C. de pact. n. 18.* Bolognettus *in rubrica Cod. de pact n. 36.* Sichardus *ibid.*

Pro qua ſententia etſi multæ cumulentur argumenta, quæ etiam recenſet Menoch. *3. præſumpt. 42.* & à nobis referuntur *in d. tractatu de pact. c. 2. q. 12.* hanc tamen Authoris ſententiam maxime confirmari exiſtimo hac ratione, quod non omnis conſenſus pactum efficiat: nec pollicitatio vnius duntaxat voluntate conſtet; ſed vtriuſque etiam conſenſu conſtare poſſit: etenim pollicitatio quoq; eſt duorum conſenſus, ſed non declaratus, niſi ab eo, qui promittit alteri tacenti & non roganti: in pacto vero non ſolum ineſt conſenſus duorum, ſed etiam conuentio de eo, quod vtriuſque verbis conuentum & concluſum eſt vt id fiat: et pactum eſt cum plures hoc agunt & in eam decurrunt ſententiam, vt quid fiat, aut non fiat: pollicitatio vero cum quid alicui non petenti promittitur, cum de eo antea ne cogitatum quidem eſſet; ſic tamen vt duorum inſit conſenſus, quod is, cui facta eſt promiſſio, non reclamat, ſed promiſſis acquieſcit.

Proinde etſi eo caſu, quo quis tacenti ac præſenti rem aliquam promittit intelligatur conſentire is, cui promittitur, adeoque conſenſus vtriuſque ſubeſſe: ex eo tamen non ſequitur, quod pactum ſit initium, & non pollicitatio facta. Cum, vt modo dictum fuit, pollicitatio quoque mutuo poſſit conſtare conſenſu: non obſtante *l. 3. ff. de pollicitationib.* illic enim non dicitur, quod pollicitatio ſit ſolius offerētis conſenſus: ſed quod ſit vnius promiſſum. vide in tractatu *noſtro de pact. q. 12. c. 2.*

Eſt porro pactum huiuſmodi duorum in idem placitum conſenſus, vt obligationem producat vel naturalem, ſi pactum nudum ſit, vel ciuilem ſi pactum ſit non nudum vel legitimum; aut vero obligationem tollat, ſi nempe ſit vel pactum de non petendo vel de diſcedendo mutua voluntate à pacto, vel acceptilatio vel nouatio: id quod his verbis clare & perſpicue exprimere videtur Iuriſconſultus *in l. 1. §. 3. ff. de pact.* quando ait, conuentionis verbum generale eſſe ad omnia pertinens, de quibus negocium CONTRAHENDI TRANSIGENDIQVE cauſa conſētiunt &c. quibus verbis ſignificatur conuentionem, ſiue pactum non ſolum ad contrahendam atque conſtituendam, ſed *Lit. C.*

&ad

Digitized by Google

& ad diſſoluendam, tranſigendam & diſtrahendam obligationem pertinere.

Et quidem quod pactum naturalem producat obligationem, textus expreſſus eſt *in l.5.§.2.ff.de pact.* vbi dicitur, vſuras ex pacto naturaliter deberi: iam vero vbi naturale debitum eſt, ibi quoque naturalis eſt obligatio. Et de hac quæſtione vtrum ex pacto naturalis obligatio naſcatur, infra ſub theſi nona prolixe dicemus, vbi ſimul declarabimus quando pactum ciuilem pariat obligationem eandemque rurſus tollat.

Lit.D. Pactum generali in ſignificatione acceptum ait Autor noſter, vel eſſe conventionem cum cauſa dandi vel faciendi, vel eſſe conuentionem ſine cauſa, in nudi placiti fine perſiſtentem.

Illud pactum quod cauſam continet dandi vel faciendi, dicit contractum eſſe. Quid ſit cauſa in contractibus, eleganter declarat Vlpianus *in l.7. §.2. ff. de pact.* vbi in hæc verba ſcribit: *Sed ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa eleganter Ariſto Celſo reſpondit eſſe obligationem, vtputa dedi tibi rem, vt aliam dares, dedi vt aliquid faceres.* Cauſa itaque contractus in datione & facto conſiſtit, quo id agitur, vt viciſſim quid detur aut fiat; quæ cauſa ſynallagma dicitur *in d.l.7.§.2.* item negotium *in l.15.ff.de præſcript. verbis.* Obſeruandum autem eſt cauſam contractus in actuali datione & facto conſiſtere: non vero in promiſſione de aliquo dando vel faciendo, quæ hac conditione fiat, vt quid viciſſim detur aut fiat: nam huiuſmodi conuentio non eſt contractus ſed nudum pactum de contrahendo *l. 45.ff.de pact.* proinde ad contractum requiritur, vt iam aliquid detur vel fiat.

Qu.3. *An omnis contractus habeat ſynallagma?*

Cæterum etſi conuentio hæc quæ cauſam dandi aut faciendi continet, ſit contractus: non tamen omnem contractum in ſe cauſam & negotium habere exiſtimo: contractus enim cõſenſuales ſolo conſenſu perficiuntur, nec ad ſui perfectionem præter conſenſum amplius quicquam deſiderant *tot.tit.I.de obligat.quæ ex conſenſu.pr.& §.3.I.de contrahend.empt.*

Quam ſententiam etiam mire confirmat, quod ſcribit Vlpianus *in d l.7.§.1.& §.2.* conuentiones illas, quæ actiones pariunt, aut aſſumere nomen proprium aut ſynallagma h.e. cauſam, ſeu negotium continere: adeoque duas notas conſtituit, quibus contractus à nudo pacto diſcernatur, quarum tamen non vtraque ſimul ac coniunctim deſideretur, ſed alterutra illarum ſufficiat: vtitur enim ICtus particula disiunctiua *AVT.*

Nec obſtat quod Vlpianus haut obſcure ſignificare videatur nullum eſſe contractum, qui in ſe cauſam & negocium non contineat *l.7.§.4 ff.de pact.* dum ibi dicit, quando nulla ſubeſt cauſa, non poſſe conſtitui obligationem. Ex hoc enim ſequi videtur, ad hoc, vt conſtituatur obligatio & fiat contractus, requiri conuentionem ſimul & ſynallagma.

Reſp. Hoc inquam non obſtat: nam quod *in d.§.4.* dicitur obligationem conſtitui non poſſe, vbi nullum ſubeſt ſynallagma, id verum eſt de contractu innominato: hic enim cum non aſſumat certum, legitimum ac ſpecificum nomen, ſed in nomine generis ſui acquieſcat, ideo niſi cauſam & ſynallagma contineat ad obligationem pariendam ac producendam, vt nudum pactum, plane erit ineptus *l. 45.ff. de pact.* rurſus huic aſſertioni non obſtat *l. Labeo 19. ff. de Verb. ſignification.* vbi contractus definitur vltro citroque obligatio: cui & ipſi conſequens eſſe videtur, omnem contractum in ſe ſynallagma & negocium continere.

Reſp. Nam ibi non contractus omnis, ſed contractus duntaxat ille definitur, qui ex vtraque parte obligationem producit ac δύναλλαγος appellatur deinde ſyn-

allagma non ſignificat ibi cauſam contractus, ſed obligationem, quæ ex contractu naſcitur: aliter itaque vocabulum iſtud ſynallagma hic, aliter ibi accipitur.

Aſſentire proinde non poſſum Authori noſtro, qui contractum definit, quod ſit conuentio, habens negocium ſeu cauſam, quoniam ſtrictior eſt ſuo definito, nec vniuerſis contractus ſpeciebus conuenit, prout ex prædictis liquet.

Cæterum quænam ſit vera definitio contractus, oſtendi in tractatu *de pactis c. 2.q.13.* vbi varias Interpp. definitiones recenſui ac refutaui, vbi vide.

Lit E. Pacta nuda dicuntur conuentiones illæ, quæ neque nomen proprium habent, nec cauſam ſeu negotium continent. Vnde nuda dicuntur non tantum explicationis, ſed diſtinctionis cauſa, vt à contractibus ſeparentur; qui vel vtrunque ſimul, nomen, inquam, ſpecificum & legitimum; aut alterutrum illorum contineant *d.l.7.pr.* §§. *ſeqq.ff.de pact.* vbi Franciſc. Hotomann.

Qu. 4. *An pacta legitima ſint nuda?*

Cæterum anne pacta legitima nuda ſint, an contractibus, ſiue pactis non nudis annumerari debeant, non perinde inter Interpp. iuris conſtat.

Etenim quod non ſint nuda pacta, ſed veſtita h.e. contractus, ſtatuit hoc loco Author noſter, ſed male &, ſi quid vnquam, peſſime: cum enim quatuor ſint duntaxat contractuum genera, quæ Iuſtinianus recenſet in §. *fin. I. de oblig.* pacta vero legitima, vt ſingulorum contractuum generum explicatio oſtendit, non poſſint ad vllum ex iſtis referri, ſequitur infallibiliter; quod pacta legitima non ſint contractus, ſed nudæ conuentiones. Quin etiam nec nomen habent legitimũ, nec cauſam, vt probaſti in *d. tractat. de pact. c.2.q.5.*

Nec obeſt quod pactum legitimum pariat actionem *l.6.ff.de pact.* nudum verò pactum actionem non producat. *d.l.7. §5.ff.de pact.* nam quod nudum pactum dicitur non parere actionem, hoc regulare quidem eſt, ſed fallit & exceptionem patitur in pacto contractui in continenti adiecto *d.l.7.§.5.* Itemque in pacto legitimo *d.l.6.ff.de pact.* vbi dicitur, interdum ex pacto actionem naſci. Deinde pacta legitima pariunt quidem actionem, ſed non, vt pacta nuda, vi ac virtute propria, ſed legis adiumento *d.l.6.de pact.*

Nec ad rem facit quicquam, quod pro ſtabilienda hac ſua opinione ſub *theſi 2.lit. D.* adducit, quod nempe quicquid actionem parit, id ſit vel contractus, vel maleficium §. *1.I.de act.l.1.ff.de obligat.& act.* pactum vero legitimum non ſit maleficium; igitur contractus.

Reſp. Nam actio perſonalis non ſolum ex contractu & maleficio, ſed aliunde etiam naſcitur: hinc ſiquidem Iuſtinianus in §. *1.I.de act.* non abſolute dicit actiones perſonales ex contractu eſſe, vel maleficio, ſed addit EX ALIIS QVIBVSDAM MODIS. Et Gaius in *d.l.1. ff.de obligat.& action.* diſerte ſubiicit, ex variis cauſarum figuris actionem proficiſci. Et ſane huius rei exemplum admodum perſpicuum nobis exhibent condictiones, quas vocant, naturales: illarum enim pleræque aliunde, quam ex maleficio vel contractu naſcuntur, vt condictio ſine cauſa, condictio cauſa data, cauſa non ſecuta. Et quid de conſtituto dicemus, quod non eſſe contractum, ſed nudum pactum, teſtatur *l 1.ff.de conſtit.pecun.* Et tamen ex eo actionem naſci, extra omnem controuerſiæ aleam eſt poſitum. Cæteras obiectiones, quæ à diſſentientibus moueri ac produci poſſunt, dilui in *d.tractat.de pact.c.2.q.5.*

Qu. 5. *Pacti nomen ſimpliciter prolatũ, quomodo in dubio ſit accipiendum?*

Illud verum eſt, quod hic notat Author noſter, pacti nomen ſimpliciter prolatum, pactum nudum ſignificare *arg.l. 7.§.5.ff.de pact. l. lecta verſ.conuenit ff.de reb. credit.* quoniam in dubio ſpecialior ſemper ſignificatio retinenda eſt, Alciat. in *rubric.Cod.de pact.n.36.*

Non

Digitized by Google

Non obſtat quod Ferrettus obiicit, quod ſi in dubio appellatione pacti intelligeremus pactum duntaxat nudum, fruſtra in *l.traditionibus 20.C.de pactis.* mentio fieret pacti nudi.

Nam in ea *l.20.* per pactum nudum nõ intelligitur illud pactum, quo de hic loquimur, quod videlicet nudum ſit à cauſa & nomine ſpecifico, ſed intelligitur pactum etiam veſtitum, ſiue contractus, quod nudum ſit à traditione, de qua illic Impp. diſſerunt, prout hoc demonſtraui in *d.tractatu.de pact.c.2.q.10.*

Deinde etſi in dubio pacti appellatione nudum ſignificetur pactum, maioris tamen perſpicuitatis & melioris declarationis cauſa additur particula NVDVM.

Non etiam refragatur, quod in dubio interpretationem in potentiorem partẽ fieri oporteat, & in dubio ad potentiorẽ ſpeciem generale vocabulum referri debeat: potentior autem pacti ſignificati ſit qua contractum denotat.

Reſp. Nam præterquam quod hæc regula non ſit perpetua ſed multis in caſibus fallat, incertum adhuc eſt vtra potentior magiſque propria ſit pacti ſignificatio: Et quod magis proprie pactum nudum ſignificet, exinde apparet, quod pactum nudum nihil aliud ſit, quam pactum, & in nudis pacti terminis acquieſcat, proinde magis proprie pactum dicitur quam contractus, qui aliquid amplius eſt, quam pactum, nec in pacti nomine acquieſcit, ſed proprium ac ſpeciale nomen aſſumit.

Qu.6. Quomodo ſit nudum pactum definiendũ?

Hinc etiam recte definitur pactum nudum quod ſit conuentio nudo placiti fine conſiſtens.

Nec ei reſiſtit, quod hæc definitio cõueniat etiam contractui emptionis venditionis & alij cuiuis, qui ſolo perficitur conſenſu, vtpote qui & ipſe in nudo placiti fine conſiſtat.

Reſpond. Contractus enim emptionis venditionis aut alius conſenſualis, etſi ſolo perficiatur conſenſu, non tamẽ in nudo placiti fine conſiſtit, ſed in ſpecificum ac proprium contractus nomen tranſit *l.7.pr.ff.de pact.*

Alias nudi pacti deſcriptiones examinaui in *tr.de pact.c.2.n.11.*

RESOLVTIO THESIS *Secundæ.*

Lit.A.

Pactum porro generaliter acceptum, aliud publicum eſt, & aliud priuatum: publicum eſt, quod fit ex cauſa publica qualia pacta ſunt induciæ, pax, confœderationes principum & magiſtratuum: Vlpianus *publica*, inquit, *conuentio eſt, quæ fit per pacem, quotiens inter ſe duces belli quædam paciſcuntur.* Et quidem de principe deque eo belli duce, qui ſuo nomine bellum gerit dubium nullum eſt, quin cum hoſte paciſci ac pacem vel inducias facere poſſit; ſed anne idem quoque de ducibus belli alieno nomine ac mandatu bellum adminiſtrantibus aſſerendum ſit, non immeritò quæritur? Ego diſtinguendum exiſtimo, vtrum duci belli libera adminiſtratio belli ſummaque rei commiſſa ac demandata ſit à Republ. vel principe; an vero liberum de bello gerendo mandatum non habeat: hoc enim poſteriori caſu pacem cum hoſte facere ac litem trãſactione componere non poteſt: priori vero caſu poſſit cum hoſte non ſolum inducias facere, ſed & pacem: vt ita ſtatuam, mouet me in primis *l.60.ff.mandati*, vbi dicitur, quod quæ ſpeciale deſiderant mandatum, ea contineantur mandatu cum libera: atqui pacificatio cum hoſte ſpeciale mandatum deſiderat, quod expeditum eſt, proinde generali mandatu cum libera continetur: ac conſequenter cui libera belli adminiſtratio commiſſa eſt, citra ſpeciale mandatum paciſci poteſt.

Qu.7. An duces belli poſſint cum hoſte paciſci?

2. Accedit quod is, qui liberam bonorum adminiſtrationem habet, poſſit cum

aduerſario domini tranſigere ac litem componere, vt infra ſequenti diſputatione dicetur, *L. 58. ff. de procurat.* proinde dux belli, qui liberum habet de adminiſtratione belli mandatum, poteſt tranſigere & pacem facere.

Nec obeſt, quod dux belli habeat mandatum de bello & non de pace, ac proinde, ſicut procurator ad litem datus, tranſigere non poteſt *l. 7. C. de tranſact.* ita quoque nec dux belli poſſit cum hoſte tranſigere.

Obſeruandum quippe eſt, quod finis belli pax ſit; ita bellum ſuſcipiatur, vt nihil aliud quam pax quæſita videatur, ait Cicer. *lib. 1. Offic.* & diuus Auguſtinus: *Pacem habere debet voluntas, bellum neceſsitas:* non enim pax quæritur vt bellum excitetur, ſed bellum geritur, vt pax adquiratur *c. 3. cauſa 23. q. 1.* proinde qui bellum geri mandat, medium videlicet, quo pax recuperatur, finem quoque ipſum, pacem videlicet mandare videtur. Male igitur comparatur procurator, cui actio eſt mandata, cum duce belli, cui adminiſtratio belli commiſſa eſt, quoniam non ſicut belli finis pax eſt, ita finis actionis eſt tranſactio: accedit quod pacificatione finem belli, atque id ipſum, quod bello quærebatur, reſtitutio nempe bonorum ablatorum aut denegatorum aſſequi & obtinere valeamus: tranſactione vero id quod actione petebamus non item *l. 38. C. de tranſact.*

Obſeruandum præterea eſt, quod bellum & pax non ſint contraria, nec immediate oppoſita, quoniam finis atque id cuius eſt finis contraria non ſunt: pax vero eſt belli finis, igitur bellum & pax non poſſunt vere dici contraria: quocirca cui bellum demandatur, illi pacem inire non interdicitur.

Confirmat inſuper ſententiam noſtrã perſpicue *l. 5. ff. de pact.* vbi pactio publica ea definitur, qua DVCES BELLI quædam inter ſe paciſcuntur: nec ibi requiritur ſpeciale de paciſcendo mandatum.

Reliqua quæ ad huius quæſtionis intricatiſſimæ pleniorem declarationem pertinent, vide *in d. tract. de pact. c. 2. q. 2.*

Illud quoque valde controuerſum eſt, vtrum princeps pacem cum hoſte facere poſſit, damna, ſubditis illata, boni publici cauſa hoſti remittendo? Affirmat hoc Author noſter, & cum ipſo plurimi cùm politici, tùm ICti, tùm quod ob vtilitatem publicam princeps ſubditis ſuum auferre queat *l. 9. l. ſi ædificia C. de operibus publicis.* Pacis vero cauſa vtilitatem concernat publicam *d. l. 5. ff. de pactis l. ſi quis ingenuum. §. in ciuilibus ff. de captiuis & poſtlim. reuerſ.* tùm etiam quia fauor publicus ſemper præferri debet vtilitati privatæ *cap. Imperial. pr. de prohib. feud. alienat. per Lotharium l. vtilitas C. de primipil.* quodque vtilitatis publicæ cauſa à regulis iuris communis recedatur *l. ita vulneratus. verſ. multa. ff. ad L. Aquil.* Qu. 8. *An princeps pacẽ cum hoſte faciens, poſsit boni publici cauſa damna ſubditis illata, remittere?*

Verum hanc ſententiam non aliter admitto, quam ſi aliter diſcordiæ ſedari nequeant, nec aliter pax impetrari valeat, deinde ſi bellum iuſtis ac neceſſariis ex cauſis geſtum fuerit: non odio priuato, non cupiditate alieni Imperij, nec crudelitate. Si denique damnum ſubditis quibuſdam illatum, vel contributione cæterorum ciuium, vel è fiſco Reipublicæ reſarciatur: ſic enim demum principi licet ſuum auferre priuato propter vtilitatem publicam, ſi id contributione ciuium ei reſarciatur *l. 2. C. pro quib. cauſ. l. ſerui pro præmio l. 13. §. 1. ff. commun. præd.* & dixi ſupra prolixe *ſub theſi 5 Lit. H. diſputat. 1.* Et ſane iniquum valde atque iniurium eſſet cum iactura & damno quorundam duntaxat ciuium, non etiam vniuerſorũ publicæ neceſſitati ſubueniri; cum quemadmodum vtilitas vniuerſorum eſt, ita re quoque & opera vniuerſorum, non quorundam dũtaxat ciuium, quæratur ac pa-

retur

retur *l. ſecundum de R. Iur.* vide quæ dicta ſunt *d. tract. c. 2. q. 3.*

Nec obſtat *l. 15. ff. de Rei vindicat.* nam, vt recte monet Author noſter, ex ea probari non poteſt, principem damna ab hoſte ſubditis data propter pacem Reipubl. obtinendam hoſti remittere poſſe: quoniam loquitur ea lex de agro, rebellis alicuius eiuſue, qui ad hoſtem defecerat, militi aſſignato: nam ex hiſtoriis patet, Imperatores ſubditis refractariis deuictis, agros adimere & militibus, qui ſtrenuam operam illis in bello nauarant, addicere conſueuiſſe.

Nec obſtat huic interpretationi, quod proponatur in eadem hac lege aliquid honoris cauſa datum, ei vero non ſoleat honoris cauſa aliquid dari, cui ob delictum admiſſum res aufertur: nam idcirco illic dicitur, aliquid honoris cauſa datum ei, cui ager ob crimen ademptus erat, quia cum ob crimen potuiſſet poſſeſſor toto agro priuari, ideo quicquid ipſi datur, id ex gratia & honoris principis cauſa, non aliqua iuſtitiæ regula cogente, datum, lucrum, non precium æſtimandum eſt.

Poteſt etiam ſic intelligi iſta *lex 15.* quod etſi ager auferatur poſſeſſori, iuſtum tamen precium domino refundatur iuxta *l. 2. C. pro quib. cauſ. ſerui.* idque ſignificare videtur verbum iſtud *MODICVM*, quod & alias iuſtum, moderatum æquum, æquiualens ſignificat: ita Cicero de ll. *Quæ cum populo, quæque cum patribus geruntur modica ſunto.* & de ſeneƈt. *exercitationibus* ait, *modicis vtendum.*

Qu. 9. *An Princeps pactum quo facinoroſo impunitatem promiſit, ſeruare teneatur?*

Sic quoque ad propoſitum nihil confert *l. 11. ff. de evict.* Nam ibi bona non fuerunt à principe ſubditis ex plenitudine poteſtatis adempta, ſed ob delicta ipſorum publicata, vt ſupra docui *d. diſp. 1. th. 5. lit. H.*

Eſt & hoc inter iuris Doctores admodum controuerſum, vtrumne princeps pactum, quo facinoroſo, facinus detegenti, impunitatē promiſit ſeruare teneatur?

Affirmat Author noſter indiſtincte; ſed mihi diſtinguendum videtur inter delictum morale, h. e. illud delictum, quod cum lege morali pugnat, & inter delictum quod contra legem mere ciuilem pugnat: prioris pœnam remittere non poteſt princeps, quoniã legi morali princeps ſubeſt, nec circa eam diſpẽſãdi poteſtatem habet, vt ſupra quoq; demonſtratum fuit ſub *diſp. 1. theſi 6. lit. A.* atqui ſicut delictum eſt morale; ita quoque pœna, quoad genus, moralis eſt, & ideo eam remittere princeps nõ valet, quãquã illã mitigare queat, ſi ſpecies ipſius lege morali & diuinæ nõ fuerit determinata ac definita. Quod ſi delictum & pœna delicti ciuilis fuerit, dicendum eſt principem poſſe pœnam in totũ etiam remittere; cum circa legem ciuilem princeps diſpenſare poſſit *l. fin. C. de LL.* ac legem ciuilem abrogare valeat *arg. l. 28. ff. de LL.*

Quocirca principi pactum, quo promiſit facineroſo impunitatem, ſi delictũ confeſſus fuerit, ſeruandum eſt, ſi delictũ mere fuerit ciuile; ſin naturale, quia eſt de re impoſſibili, atque ea, quæ in manu & poteſtate principis non eſt, ſeruari non debet; cum pactum de re impoſſibili nullius ſit momenti *§. 10. l. de inutil. ſtipulat.*

Aliud dicendum eſt ſi magiſtratus inferior impunitatem facineroſo promiſerit, ſi crimen fuerit cõfeſſus, illudque detexerit: nam huiuſmodi pactum nec deberi, nec poſſe ſeruari, expeditum eſt. Eſt ſiquidem de re impoſſibili atque ea, quæ in manu & poteſtate promittentis non eſt: facti quippe quæſtio in arbitrio eſt iudicantis, pœnæ vero perſecutio non eius voluntati mandatur, ſed legis auctoritati reſeruatur *l. 1. §. 4. ff. ad Senatuſc. Turpill.*

Quin & ideo talis pactio obſeruari non poteſt, quia publice intereſt, delicta puniri *l. Congruit. ff. de offic. præſid. l. locatio. §. quod illicite. ff. de publ. & vectigal.* pacta autem

Digitized by Google

Cuius ratio hęc eſt quod iuſiurandum debeat habere comitem Iuſtitiam, nec exiſtere debeat iniquitatis vinculum. 2. Quod id confirmari non poſſit, quod nullum eſt: at quod contra ius publicum factum eſt, pro infecto habetur *d.l.5. C. de legibus.* Denique quia iſtud iuſiurandum, quod in tertij cedit præiudicium nullius ſit momenti *cap. quamuis. de pact. in ſext.* pactum autem illud, quod eſt contra ius publicum, in detrimentum vergit publicum: proinde nullius erit momenti, ſed vide quæ dixi in *tract. de iuris authori. cap.1.q.1.*

Lit.C. Pactum priuatum rurſus duplex eſt: nam vel Iuriſgentium eſt, vel legitimum, ſiue ciuile. Pactum iuriſgentium dicitur quod originem habet à iuregentium, nec ab illo confirmatum, ſed approbatum duntaxat & receptum eſt: quod rurſus duplex eſt. Nam aut nudum eſt atque in conuentionis terminis acquieſcit, aut eſt veſtitum, quod contractus dicitur *l.7.princ. & §§. ſeqq. ff. de pact.* Ciuile pactum rurſus duplex eſt: nam aut eſt veſtitum & contractus ciuilis nuncupatur *argum. §.2. Inſtitut. de iure nat. Gent. & ciuil. l. ex hoc iure. ff. de iuſtic. & iur.* aut nudum pactum & in ſpecie dicitur legitimum: nec enim vera mihi videtur opinio Authoris, ſtatuentis omne pactum legitimum eſſe contractum & omnem contractum eſſe pactum legitimum: hoc ſiquidem ſupra in *theſi 1.* ſatis ſuperque refutatum fuit.

Lit.D. Ad pactum igitur legitimum refert Author noſter omnes contractus & pacta, quæ in ſpecie dicuntur legitima, ſed male: quoniam pactum legitimum, Authore Paulo in *d.l.6. ff. de pact.* illud eſt, quod lege aliqua confirmatum eſt ad hoc vt actionem produceret; adeoque legis auxilio & adiumento actionem parit *d.l.6. ff. de pact.* atqui contractus iuriſgentium non confirmantur lege ad producendam actionem, ſed ſua natura ſatis firmi ſunt ac valida ad actionem pariendam, nec opus habent legis adiumento. Quocirca pacta legitima dici non poſſunt, vide quæ dixi ſupra *theſi 1. Lit. E.*

Pacti porro legitimi ſpecies ex lege 12. tabb. repetit Cuiacius pactum quod fit de membro rupto his verbis; *Si membrum rupit, ni cum eo pacio, talio eſto*, ex quo pacto ipſo iure tollitur actio de membro rupto, quod & ad prætorias & legis Corneliæ iniuriarum actiones porrectum eſt. 2. Pactum quod certa ratione de lite fiebat: nam iubet lex 12. tab. vbi pactio de lite certa quadam ratione nõ interceſſit, cauſam conijci ante meridiem in comitio aut foro *Lib. 2. ad Herennium.* 3. Lex duodecim tabb. approbauit pactionem de furto factam *l.7. §.14. ff. de pact.* 4. Lex 12. tabb. pactionem de iniuria confirmauit *l. ſi tibi. §. quadam. ff. de pact.* qua pactione tollitur iniuriarum actio.

Ex iure nouo pacti legitimi exemplum præbet illud pactum, quo dos alicui promiſſa eſt, ſi in vxorem hanc vel illam duxerit. Fundamentum huius conſtituunt in *l. ad exactionem C. de dot. promiſſ.* vbi Imperatores ad dotis exactionem nudam etiam promiſſionem ac nudum pactum ſufficere ſtatuunt: quod ſi itaque promiſſio dotis, quæ in nudi pacti terminis conſiſtit, actionem producit atq; Imperatorũ conſtitutione ad hoc confirmatur, ſequitur infallibiliter quod ſit pactum legitimum *arg. l.6. ff. de pact.* Qu. 11. *An dotis promiſſio ſit pactũ legitimũ?*

Sed ſi res diligentius paulo conſideretur, manifeſtum euadet, quod promiſſio dotis pactum legitimum non ſit, quod legis adiumento & auxilio actionem producat, ſed conſtabit potius, quod ſit contractus innominatus facio vt des, quem à pacto legitimo eſſe diuerſiſſimum, ſatis arguit *l.6. iuncta l.7. §.2. ff. de pact.* etenim dotis iſta promiſſio iſtam in ſe continet conditionem, ſi nuptiæ fuerint ſecutæ: proinde ſi ſecutæ non ſunt, dos exigi nequit: ſin ſecutæ ſunt, pactio amplius nuda non

Digitized by Google

eſt, ſed factum aliquid eſt, vt quid viciſſim detur, atq; ita pactio, quæ ab initio nuda erat, ſubſequente facto implementum capit & ex eo tempore veſtita eſſe incipit *l.45.ff.de pact.vide tract.de pact.c.2.q.8.*

Illud vero controuerſum eſt anne *dict. l.6.C.de dotis promiſſ.* per *l.vnic.C.de rei vxor.actione.* ſublata ſit? Et videtur prima fronte hoc affirmandum; quandoquidem *dict. l. vnica. Cod. de rei vxor. act.* eſt, noua & poſterior *dict. l.6.* vt ex inſcriptione & ſubſcriptione apparet: cauetur autem in iſta *l. vnic.* vt omnes dotes poſſint per actionem ex ſtipulatu exigi quaſi tacita fictaque ſtipulatione promiſſæ videantur, adeoque non amplius ex nuda promiſſione vel ex contractu innominato exigi intelligantur.

Sed verior eſt ſententia contraria, quod & hodie dotes promiſſæ non ex ſtipulatu actione, ſed actione præſcriptis verbis exigantur: non obſtante *dict.l.vnic.* iſta ſiquidem loquitur de actione vxori, ſoluto matrimonio aduerſus maritum competente: at *d.l.ad exactionem 6.* loquitur de actione, quæ competit viro de dote ſibi promiſſa exigenda Pacti inſuper legitimi exemplum extare opinantur in donatione quæ conſtitutione Cæſarea confirmata eſt ad hoc, vt actionem produceret *l.ſi quis argentum.C.de donat.*

Neque illorum opinionem veram eſſe exiſtimo, qui ſtatuunt, donationem eſſe modum acquirendi dominiū.1. Quia dominium per traditionem, quæ ſubſequitur perfectam donationem, nec pars ipſius eſt §.*2.l. de donat.* transfertur §.*per traditionem Inſt.de rer.diuiſion.* 2. Quia donatio perficitur nuda voluntate, adeoque eſt conuentio *l.1.ff.de pact.* atqui conuentionibus rerum dominia non transferuntur *l.20. C. de pact.l.3 ff.de obligat. & act.* Quia denique ratione effectus donatio cum emptione venditione comparatur in *d.§.2.l.de donat.* atqui emptionis venditionis effectus non eſt dominij translatio, igitur nec donationis.

Multo minus ſubſcribendum exiſtimo illorum opinioni, qui donationem ſtatuunt eſſe contractum, quoniam inter contractus non refertur à Iuſtiniano in *Inſtit.* vbi tamē perfectam proponit ſpecierum contractus enumerationem.

Et quanquam pro vtraq; hac opinione defendenda ſpecioſa admodum adducantur argumenta, quib. euincere conantur, donationem inter viuos eſſe vel modum acquirendi dominium, vel contractū, illis tamen vniuerſis ſpero à me ſatisfactū eſſe in tractatu meo *de pact.c.2.q.8.*

Pacti porro legitimi ſpeciem conſtituit Autor noſter *conſtitutum*, proptereaq; cum nudum ſic pactum, atq; ex legis confirmatione actionem pariat, ideo pactum legitimum dici *arg.l.6.ff.de pact.*

Confirmatum autem eſt hoc pactum edicto prætoris *l.1.ff.de conſtituta pecunia.* Ratio autem, quæ prætorem mouit vt ad actionem producendā pactum iſtud nudum confirmaret, hæc eſt, quod graue ſit & contra naturalem æquitatem geminatam contractus fidem fallere *d.l.1.*

Ad pactum præterea nudum legitimū, recte quoq; refertur conuentio, qua hypotheca in re immobili conſtituitur, nam & hoc pactum prætor confirmat ad producendam actionem: qua de re textus eſt expreſſus atque dilucidus in *l.17.§.2.ff.de pact.* ſic enim illic Paulus; de pignore iure honorario naſcitur pacto actio; & Impp. in *l.23.C.de pignor.* hoc pactum iuriſdictionem, hoc eſt, edictum prætoris tueri atque confirmare aiunt. Qu. 12. *An pactū quo in re immobili hypotheca conſtituitur, ſit legitimū?*

Hoc autem pactum à contractu pignoris plurimum differt: ſiquidem pignoris contractus rei traditionem deſiderat, nec prius cenſetur perfectus, quam ſi res pignori obligata fuerit tradita: at pactū, quo hypotheca conſtituitur, nudo conſenſu perficitur; quo pertinet *l.1.ff.de pign.act.* in qua Vlpianus: *pignus* ait, *contrahitur non*

ſola.

ſola traditione, ſed etiam nuda conuentione.

Naſcitur autem ex huiuſmodi pacto, non vt Cuiacius & alij Dd. inepte ſcribũt, actio quaſi Seruiana: quoniam actio Seruiana & quaſi-ſeruiana in rem ſunt *§. item Seruiana l. de act.* Actio vero in rem ex obligatione & conuentione non naſcitur *§. 1. Inſt. de act.* ſed datur aduerſus eũ, qui nullo iure nobis obligatus eſt: accedit, quod actio in perſonam perpetuo ſequatur perſonam ex contractu vel pacto obligatam, eiuſdemque heredes; actio vero in rem ſequatur rei poſſeſſorem *d. §. 1. l. 23. ff. de rer. vindicat.* proinde cum actio hypothecaria, ſeu ſeruiana, aut quaſi Seruiana poſſeſſorẽ quemcunque ſequatur *d. §. item Seruiana.* idcirco non eſt actio in perſonam, quæ ex conuentione deſcendat, ſed actio in rem. Verior itaq; eſt ſententia, quod ex pacto iſto, quo placet, vt debitoris fundus crediti nomine pignori obligatus ſit, quoad pecunia ſaluatur, non naſcatur hypothecaria, ſed actio ex lege.

Quæſt. 13 *An iuſiurandum ſit pactũ legitimũ?* Male pactis legitimis annumerãt vulgo IVSIVRANDVM, quoniam iuſiurandũ non eſt nudum pactũ ſed quaſi-contractus: ſi filiusf. iuſiurandum detulerit & iuratum ſit, de peculio danda eſt actio, quaſi contractum ſit, ait Vlpianus in *l. 5. §. 2. ff. de peculio.*

Nec obſtat quod Iuiurandum dicitur ſpecies tranſactionis *l. 2. ff. de iureiur.* nam exinde male infertur, quod ſit pactum legitimum, duplici de cauſa, primo, quia Iuſiurandum dicitur ſpeciem tranſactionis continere ratione effectus, quod ſcilicet iureiurando æque atque tranſactione lites decidantur: vnde non dicitur, quod Iuſiurandum ſit ſpecies tranſactionis; ſed quod ſpeciem tranſactionis contineat. Deinde quia præſupponitur tranſactionem eſſe nudum pactum. At quod ſemper & indiſtincte ſit contractus in *ſeq. diſputat. theſi 1. lit. d.* perſpicue oſtendetur.

Quæſt. 14 Referunt denique ad pacta legitima etiam illud pactum quo vſuræ ſunt argentario promiſſæ, vt & pactum, quo vſuræ vini, olei, frumenti &c. promittuntur: hæc quippe pacta nuda eſſe conſtat ex *l. 12. C. de vſur. & Nouell. 136.* & tamen parere actionem ibidem expreſſe diſponitur: atqui pacta nuda actionem non pariunt *l. 7. §. 5. ff. de pact.* niſi ſint legitima *d. l. 6. eod. tit.* *An pactũ de vſuris argẽtario promiſſis ſit legitimum?*

Adde quod hæc pacta prædictis Impp. conſtitutionibus confirmata ſint ad producendam actionem: at quæ pacta talia ſunt, ea legitima dicuntur *d. l. 6.* ſed hiſce non obſtantibus, retinendam exiſtimo Authoris ſententiam, negantis iſthæc pacta legitima eſſe: quod enim actiones pariunt id non ex eo deſcendit, quod ſint conſtitutione alicuius effecta legitima, ſed quia contractui mutui ſunt in continenti adiecta: pacta vero nuda, in continenti contractibus apposita, actionem producunt *l. 7. §. 5. ff. de pact. l. lecta. ff. de reb. credit.*

Et quanquam alias pactum vſurarium non poſſit adijci mutuo & adiectum & non inſit *l. 3. C. de vſuris*: in prædictis tamen pactis vſurarijs ſingulare hoc eſt, quod mutuo cum effectu apponi queant.

Nec ad rem facit quod videantur Impp. conſtitutionibus ad actionem pariendam confirmata, nam ſciendum eſt, non protenus legitimum pactum illud appellandum eſſe de cuius effectu Imperator aliquis reſcripſit: alioquin hodie infinita eſſent pacta legitima: ſed neceſſarium eſt, vt reſcripto expreſſe iubeantur vim atque robur obligandi actionemque producendi habere: atqui nihil tale in adductis conſtitutionibus reperitur; ſed Imperatores ſimpliciter declarant, quod pacta iſta vigorem habeant, vi nempe iſtius negocij, cui accedunt. Et quod hęc ſententia vera ſit, euincit clariſſime *d. Nouell. 36.* in verbis illis: *Si pacta vero adſcripta ſint, ſimul for-*

Digitized by Google

mam ac regulam addant contractui, ſimul exinde inſeratur ex actio; quæ haud obſcure ſignificant quod pactum vſurarium, quo argentario vſuræ promiſſæ ſunt, actionem producat quando contractui adſcriptum, ſeu appoſitum eſt, plura dixi in *d. tract. de pact. c. 2. q. 5.*

Illud poſtremo ſupra refutatum fuit, quod ſubijcit Author, pactum, nempe legitimum, quatenus cauſam habeat, ob quam à lege confirmatur, eſſe cõtractum eo quod inter contractum & delictum nõ detur medium, ex quo actio naſci poſſit, §. 1. *Inſt. de act.* contrarium enim euidenter & luculentiſſime demonſtratum fuit, ſub *theſi 1. lit. E.*

RESOLVTIO THESIS TERTIÆ.

Lit. A. PActum porro in ſpecie ſic dictum, eſt vel expreſſum, vel tacitum: ita enim Paulus in *l. 2. ff. de pact.* Labeo ait conuenire poſſe vel re, vel per epiſtolam, vel per nuncium inter abſentes quoq; poſſe, ſed etiam tacite conſenſu conuenire intelligitur. Expreſſum pactum dicitur illud, in quo conſenſus eſt expreſſus, hoc eſt, literis vel verbis ſignificatus.

Quæſ. 15 *An pactũ nudũ per interrogationem & reſponſionem fieri poßit?*

Sed vtrum etiam per vnius interrogationem & alterius reſponſionem expreſſus pactum conſtituit?

Affirmat Vlpianus in *l. 7. §. quod fere. 12. ff. de pact. quod fere nouiſſima parte pactorum ita ſolet inſeri, rogauit, Titius, ſpopondit Mæuius, hæc verba non modo pactionis loco recipiuntur ſed etiam ſtipulationis, ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio, niſi contrarium ſpecialiter probetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed tantum paciſcentium.*

Quibus verbis aperte ſignificatur, quod & pactio nuda fieri poſſit per interrogationem & reſponſionem; in dubio tamen conuentio, interrogatione & reſponſione facta, ſtipulatio eſſe præſumatur, niſi conſtet non animo ſtipulandi, ſed paciſcendi duntaxat adhibitam fuiſſe interrogationem. Nec obſtat, quod interrogatio & reſponſio ſint forma ſtipulationis propria: etenim non quævis interrogatio & reſponſio facit ſtipulationem, ſed ſolennis interrogatio & reſponſio, vt nempe inter præſentes fiat, præcedente interrogatione & ſubſequente reſponſione, idque nullo extraneo actu interueniente, qualis interrogatio & reſponſio in pactis non deſideratur *arg. l. 2. & ſeq. ff. de pact.* ſed nec ſola interrogatio & reſponſio ſolennis facit ſtipulationem: ſed & animus ſtipulandi requiritur, hoc eſt, deſideratur, vt interrogatio & reſponſio animo ſtipulandi fuerint factæ.

Ceterum in dubio interrogatio ſolennis & reſponſio congrua ſubſequens ſtipulationem conſtituere præſumuntur: cum in dubio ſoleat pro validiori actu præſumi *l. 3. ff. de milit. teſt.* non obſtante eo, quod pro debitore atque pro liberatione præſumi debeat: cum ſemper reo plus fauere debeamus, quam actori *l. 38. ff. de re iudic. l. 125. de regul. iur.* & proniores eſſe debeamus ad liberandum, quam ad condemnandum *l. Arrianus 47. ff. de obligat. & act.* hanc enim præſumptionem fortior præſumptio edit, quæ ſumitur cum ex eo, quod interrogatio ſolennis ſit forma ſubſtantialis ſtipulationis: tum etiam exinde, quod omnibus fere in negotijs olim moris fuerit ſtipulationem ſubijcere *l. 5. verſi. conuentionales. ff. de verb. obligat.* tum denique quia pro actu fortiori ac validiori præſumi ſolet.

Qu. 16. An & quo modo per epiſtolam contrahatur pactũ

Quin & inter abſentes fieri poteſt pactum expreſſum mediante & intercedente epiſtola vel internuncio *dict. l. 2.* nec refert vtrum paciſcentes ipſi ſcripſerint epiſtolam ſua manu, an vero ab alio ſcriptam ſubſcripſerint: ſi quidem ſubſcriptio Epiſtolæ ita præiudicat ſcribenti

ac

Digitized by Google

ac ſi totam Epiſtolam ſua manu ſcripſiſſet.

Nam quod paria ſunt ſcribere inſtrumentum propria manu, & ab alio ſcriptum ſubſcribere, atque ex vtroque pariter quis obligetur, euincit primo textꝰ in *§.1.Inſt.de contr.empt.* vbi emptio in ſcriptis cõtracta, perfici dicitur, ſi inſtrumẽta ſint vel ipſorum contrahentium manu conſcripta, vel ab alio ſcripta, ſed à cõtrahentibus ſubſcripta. Idemq; colligitur ex *l.28.§.1.C.de teſtament.* vbi ſcriptio & ſubſcriptio teſtamẽti itidem æquiparantur, eundemq; effectum habere aſſeruntur.

Et ratio huius obſcura minime eſt: ſiquidem qui inſtrumentum ſubſcribit, is manu ſua & ſubſcriptione teſtatur, omnia quæcunque in iſto inſtrumento ſcripta ſunt, ſe probare ac rata habere. *argum.l. ſi quis ex argentarijs §. 1. verb. ſubſcribere ff. de edend. leg. ſi ergo §. dotis ff. de iure dot. d. l. Cum antiquitas §. Cum autem C. de teſtam. l. 126. §. Chryſogonus ff. de verb. obligat.*

Quod tamen ſecus eſt ſi ſubſcribit inſtrumentum, vt teſtis, quoniam tunc nõ ſubſcribit animo cõſentiendi ſeu approbandi ſcripturam, ſed animo teſtificandi duntaxat de hac ſcriptura, quod fuerit ab eo, cuius voluntas iſta ſcriptura explicatur, profecta *arg.l.39 ff.de pignor.act.*

Lit. B. Qu. 17. *Tacitum pactum quomodo cõtrahatur?*

Tacitum pactum, inquit Autor, ex præſumpta voluntate paciſcentium proficiſci, malim ex voluntate tacita: conſenſus ſiquidem præſumptus à tacito plurimum differt: nam conſenſus tacitus verus eſt conſenſus: præſumptus vero conſenſus non item, hinc veri contractus & quaſi contractus non diſcernuntur conſenſu tacito & expreſſo: quaſi hoc fiant contractus veri; illo autem quaſi & improprij contractus; cum & tacito conſenſu emptio & venditio, itemq, pignus & locatio conductio celebrentur, vt ſuo loco vberius demonſtrabitur, ſed diſcernuntur conſenſu vero ac præſumpto: illo conſtat veri contractus, ſiue expreſſus is fuerit, ſiue tacitus: hoc vero quaſi & improprij contractus.

Tacitum itaq; pactum fit tacito conſenſu. Exemplum taciti pacti eſt in inductis, inuectis & illatis in prædiũ vrbanũ: ſi enim inquilinus h.e. conductor prædij vrbani, res quaſdam induxerit, inuexerit & intulerit in prædium vrbanũ, ſic vt ibi ſint; intelligitur hoc ipſo colonus tacite res iſtas domino ædiũ pro mercede obligaſſe & oppigneraſſe: expreſſũ hoc eſt in *l.4 ff. de pact.* vbi Paulus *Item* ait, *quia conuentiones etiã tacite valent, placet in vrbanis habitationib. locãdis, inuecta illata pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim conuenerit.* Idemq; Iuſtin. cõfirmat in *§. Itẽ Seruiana. Inſt.de act.Seruiana* inquiens, *experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercede fundi ei tenentur.* Nec non in *l. 2. 3. & 4. ff. in quib cauſ.pign.tac.contrah.*

Qu. 18. *An ſuppellex ſtudioſorum tacite obligetur pignori ex inductione in muſæum cõductum facta?*

Vtrum vero tacitum hoc pignus conſtituatur in rebꝰ à ſtudioſo in muſæũ cõductũ illatis, an vero ex priuilegio ſuppelex ſtudioſorũ à tacito hoc pignore ſit immunis? quæſtio eſt nõ perinde expedita.

Pleriq; tamẽ in eã deſcendunt ſententiã, quod in ſuppellectile libraria ſtudioſorum tacitum hoc pignus non cõſtituatur, idq; extorquere conantur ex *Authent. habita. C. ne filius pro patre*, vbi cauetur, ſtudioſos eo in loco, vbi ſtudiorũ cauſa cõmorãtur ſecure habitare debere: at parũ, aiunt, ſecure habitant illi, quorum res ex ſola inductione in habitationem conductam, pignori obligantur.

2. Accedit ꝙ nunquã obligatione & oppigneratione generali rerũ contineãtur ea, quæ veriſimile eſt aliquẽ obligaturum non fuiſſe. Atqui veriſimile non eſt, ſtudioſum ſuã ſuppellectilem librariam ſpecialiter & expreſſe obligaturum eſſe: ergo non cõtinetur expreſſa obligatione generali. Et conſequenter multo minus cõtinetur tacita oppigneratione.

3. Facit huc inprimis quoq; *l. Executores.*

7.cum Authent. ſequ. C. quæ res pignor. vbi non obligantur pignori inſtrumenta ad agriculturam neceſſaria: ne agricultura Reipublic. admodum neceſſaria, maximo cum Reipubl. detrimento impediatur. Atqui ſtudia literarum liberalia non minus vtilia & neceſſaria Reipublic.eſſe, nemo eſt, qui negare poſſit: quocirca nec ſuppellex libraria ſtudioſorum tacite obligatur pignori, ne ſtudia liberalia maximo cum Republic. detrimento impediantur.

Cæterum etſi hæc ſententia videatur admodum eſſe fauorabilis ac humanitati admodum conueniens, vereor tamen vt ſubſiſtere non poſſit.

Regula ſiquidem eſt, quod res inquilini in prædium vrbanum inductæ locatori pro mercede obligentur *d.l.4. & §. Item Seruiana*: Ab hac autem regula nuſpiam excipitur ſuppellex ſtudioſorum libraria: at quod nominatim atque expreſſe exceptum non reperitur, id ſub regula contineri intelligitur.

Accedit quod priuilegia, vtpote iura exorbitantia,non præſumantur,ſed probari debeant: proinde cum nullo textu iuris ſuppellex ſtudioſorum munita hoc priuilegio probetur, quod nempe tacite non obligetur domino muſæi in quod conductum à ſtudioſo fuit inducta, non præſumetur huiuſmodi priuilegium.

Nec obſtat primo *Authentica habita.C. Ne filius pro patre.* ſiquidem in ea nil quicquam continetur, quod huic ſententiæ patrocinari poſſit. Nec ſequitur ſtudioſi debent ſecure habitare eo in loco,in quo ſtudiorum cauſæ verſantur. Ergo ipſorũ ſuppellex non poteſt tacite pignori obligari: huc enim ſecuritas iſta minime ſpectat, ſed eò ſaltem pertinet, ne qua illis ab hominibus viliſſimis inferatur iniuria: at iniuria illis nulla infertur quando ex inductione ſuppellectilis res eorum tacite obligantur pignori, vt quod pignus ipſorum tacita voluntate conſtituitur: voléti autem nulla poteſt inferri iniuria.

Sic etiam non aduerſatur ſecundum: nam conceſſo eo, quod ſuppellex libraria non contineatur obligatione generali rerum: ponamus etiam quod expreſsũ in ea pignus locum non habeat(quod tamen ſecus ſeſe habere manifeſtiſſimum eſt) inde tamen non ſequitur quod tacitũ pignus non poſſit in ſuppellectile ſtudioſorum conſtitui: cum multa fieri permittantur tacite, quæ expreſſe fieri prohibentur, *l. Expreſſa de R.Iur.* ſed cum expreſſa voluntate & conſenſu poſſit obligari ſuppellex ſtudioſi,cur non idẽ tacita ipſius voluntate fieri poſſet, maximè cũ nulla lex, nulla Imperatoris conſtitutio obſtet quo minus id fieri queat.

Non aduerſatur deniq; quod inſtrumenta ruſtica non oppignerentur tacite ne quid detrimenti capiat Reſpublica. Reſp. Nam ex eo non ſequitur idẽ quoque obtinere in ſuppellectile libraria; cum priuilegia & iura exorbitantia ſtrictiſſime ſint intelligenda, nec egrediantur perſonas aut res, quibus ſunt conſtituta & indulta *§.ſed & quod principi.Inſt de iur.natur.gent.& ciuil.* At,inquis,vbi eadẽ ratio,ibi quoque eadem eſt iuris diſpoſitio:atqui eadem eſt ratio inſtrumentorũ agriculturæ & ſuppellectilis librariæ, vt ex prędictis conſtat.Proinde eadem quoque in illis erit iuris diſpoſitio.

Sed axioma iſtud, vbi eadem ratio eſt, ibi quoque idem ius obtinet,non procedit in exorbitantibus ſingularibus & cõtra iuris communis regulas introductis: nam quæ contra rationem iuris cõmunis ſunt introducta & recepta, ea ne quidẽ ex identitate rationis ad conſequẽtiam porriguntur extenſioneq́, admittũt. *l.quod contra.ff.de R. Iur. l.quod vero.ff.de legib.* At quid de rebus minorum ſine curatoris conſenſu vel tutoris autoritate inductis, dicendum? Qu. 19. *An res minorum tacite obligẽtur pignori, ſi in prædiũ*

Negat Autor noſter in illis pignus tacitum ſeu hypothecam conſtitui poſſe.

Fun

conducti? fuerint inducta? Fundamentum huius aſſertionis præcipuum in eo conſiſtit, quod manifeſti & expediti iuris ſit, quod minor, ne quidē ex contractu & conſenſu expreſſo obligetur ſine tutoris autoritate vel curatoris cōſēſu *l. 3. C. de in integr. reſtit. in minor.* igitur multo minus ex conſenſu tacito, tacitaque conuentione obligari queat: cum maior videatur eſſe vis expreſſi, quā taciti.

Sed quominus ſubſcribam ſententiæ huic Autoris facit quod nulla lege, nulla Imperatoris conſtitutione res minorum ab hoc tacito pignore excipiantur: at quod exceptum non eſt, id ſub regula contineri intelligitur.

Idem quoque euincit *l. 3. §. 1. ff. de Reb. cor.* nam illic Vlpianus expreſſe conſtituit, vt iudiciale & prætorium pignus in rebus pupillaribus conſtitui poſſit, quia iſta pignora ſiue obligationes & alienationes non ex tutoris & curatoris voluntate fiant, ſed ex magiſtratus autoritate: proinde etiam in rebus minorum hoc tacitum pignus contrahitur, quoniam non deſcendit ex voluntate tutoris vel curatoris, ſed ex voluntate legis.

Quocirca cum hic diuerſa ſit ratio taciti & expreſſi pacti, non valet argumentum ab expreſſo ad tacitum deductum: vt taceam quod ſæpe quæ expreſſa non valent, tacite valere debeant, vide *d. c. 2. q 16.*

Vnde etiam non obſtant *l. 1. quæ res pignor. l. fin. C. de legit. tut. l. 20. C. de admin. tut.* quæ de expreſſa oppignoratione rerum minoris loquūtur, illāq; illicitā & prohibitā eſſe probāt, ꝙ ad propoſitum accōmodari non poſſe, modo oſtendimus.

Qu. 20. *An inducta in prædium rusticum tacite obligētur pignori?* Vtrum porro in rebus inductis & illatis in prædium ruſticum conſimiliter tacitum conſtituatur pignus, vt de rebus in prædium vrbanum inductis, hactenus dictum fuit? Scrupulo & controuerſia nō caret.

Communis ferè eſt ſentētia interpp. quod inducta, inuecta & illata in prædiū ruſticum conductum non obligētur niſi expreſſe de oppignerandis iſtis conuenerit: tum quod Neratiꝰ in *l. 4. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit.* aperte conſtituit differentiam inter inducta in prædium vrbanum & inducta in prædium ruſticum, ſicut illa tacite obligentur, hæc vero non item. Tum quod in prædiis ruſticis ſatis videatur cautū locatori de mercede fructibus in prædio ruſtico natis, qui tacite ſunt ipſi pro mercede obligati *l. 7 pr. ff. in quib. cauſ. pign.* Tum denique quia in *l. 4. ff. de pact. & §. Item Seruiana Inſt. de act.* expreſſe ſtatuitur, in vrbanis habitationibꝰ locandis inuecta, illata pignori eſſe locatori etiam ſi nihil de eo cōuenerit: ex quo colligendum videtur, quod in inductis in prædium ruſticum contrarium obtineat, adeoque vt iſta oppignerentur, expreſſa conuentio requiratur.

Cæterum hæc ſententia ſuſtineri non poteſt: euidentiſſimis ſiquidem iuris fūdamentis demonſtrari poteſt inducta, inuecta & illata in prædium ruſticum non minus tacite pignori obligari atque inducta inuecta & illata in prædiū vrbanum, ſi modo ſciente domino fuerint inducta, inuecta & illata.

Probat hoc *l. 3 ff. in quib. cauſ. pign* euincit idē *l. 5. C. de locato.* eodemq; facit *l. 7. pr. ff in quib. cauſ.* & deniq; omnium euidētiſſime ſententiam hanc probat. *l. fin. C. eo l tit.*

Quæ iuris fundamenta, etſi diſſentiētes variis rationibus eludere conentur, ea tamen eius eſſe roboris, vt rationibus iſtis, quantumuis ſubtiliter excogitatis, ſubuerti nequaquam poſſint, ſolide demōſtraui in *d. tract: de pact. c. 2. q 15.* vbi cōtrariis quoq; fundamentis ſatisfactū eſt.

Aliud taciti pacti de non petendo exemplum eſt cum debitori Chirographū à creditore redditur, in quo ipſe ſolꝰ mihi obligatus erat: nam hoc ipſo inter creditorem & debitorē hic factū intelligitur. Qu. 21. *An redditio Chirographi tacitum inducat pactū?*

tur ne creditor debitum petat, ſed vt remiſſum ſit creditori pign⁹. Paulus; *Et ideo ait, ſi debitori meo reddidero cautionem, videtur inter nos conueniſſe ne peterem: profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit in l.2.§.1.ff.de pact.*

Idem quoq; confirmat *l.7. C. de remiſſ. pign.* vbi Impp. *Creditricē patrui tui ſub obligatione fundi, qui per Chirographum nexus pignori fuerat, iubentē eādem cautionē reddi, pignoris etiā ius remiſiſſe videri, manifeſtū eſt.*

Et ratio huius iſta eſt, quod qui Chirographum reddit nō modo de tabulis cogitat, ſed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur *l. 59. ff. de legat.1.* Igitur debiti ius remittere cenſetur, qui Chirographū reſtituit. Vide hāc queſtionē plene enucleatā in *d tract. de pact. c. 2. q.14*

Si Chirographū fuerit alicui redditū, in quo ipſe cui redditū eſt, & aliud ſimul obligabatur; ipſe quidem, cui Chirographum fuit redditum cenſetur debitū eſſe remiſſum; in perſonam vero alterius debitoris videtur illi tacite procurator conſtitutus is, qui Chirographum recepit; & ſane cum donatio nō ita facile preſumatur, niſi cum alia quacunque deficiamur cōiectura, & alias actus eluſorius atque inutilis ſit futurus, ideo æquius videtur atq; benignius ita hoc factum interpretari, quaſi Titius exigendi nominis gratia procurator à creditore conſtitutus eſſet. Ita Duarenus in *d.l.2.§.1.ff.de pact.* ſed pro contraria opinione pugnāt Bart. Fulgoſius & Angelus.

Mouentur *l. ſi is qui duo. in fine. ff. de libert. legat. & l. 1. C. de donat.* quo probari exiſtimant, quod in caſu propoſito, reddendo vni Chirographum cenſeatur creditor eum, cui reddidit liberaſſe, eidemque actionem contra alium debitorem donaſſe.

Sed vt recte notat Monachius, iſti textus ad rem nihil faciunt: nam in *d.l.ſi duos.* loquitur de liberatione duob⁹ ſociis debitoribus expreſſe legata, idcirco mirum non eſt ſi & illi, qui capax non eſt, legatū liberationis prodeſt, nec quicquā probat *d.l.1. C. de donat.* quia etſi ſub nomine inſtrumenti contineatur ius comprehēſum in illo inſtrumēto, non tamen probat quod creditor donare ei voluerit etiam alterius debitoris ius, cum noſtro in caſu regula iuris ſatis verificetur in remiſſion[illegible] ius debitoris, cui traditum eſt ipſum inſtrumentum. At in caſu *d. l. 1. C. de donat.* inutilis eſſet traditio inſtrumenti, niſi mancipia ea, de quibus *d.l.1.* loquitur, eſſent donata.

Proinde Duareni, Iaſonis & aliorum ſententiæ firmiter inhærēdum exiſtimo, ſi modo is, cui redditum eſt inſtrumentum, talis ſit perſona quæ procurator in iudicio conſtitui valeat: nam ſi aut miles ſit, aut mulier, aut minor, præſumptio ſupradicta deficit, idemq; obtinet ſi debitor ſit inops, creditor vero ſit locupletiſſimus: nam in his caſibus facile præſumitur donatio: vtpote cum nihil aliud occurrat, quod inter ipſos actū eſſe probabilius ſit.

Quod ſi creditor plura ſecum habuerit eiuſdem Chirographi exempla, tum, vno reddito, non protenus cenſebitur tacita pactione debitū remiſiſſe, niſi hoc actū inter debitorem & creditorē eſſet. Qu. 22. *Si creditor plura ſecum habuerit Chirographa, an vno reddito, pactum ſit initū de non petēdo?*

1. Quia cum alias eiuſdem cautionis tabulas domi ſe habere intelligeret, quibus æque intentionē ſuam probare poſſet, hac fiducia poteſt eas tabulas debitori ſuo reddidiſſe.

2. Facit deinde huc etiam *l. final. ff. de his quæ teſtam. del.* nam ibi dicitur ex pluribus eiuſdem teſtamenti tabulis, ſi quaſdam deleuerit teſtator, nō ſtatim irritum ſeri teſtamentum cum ex cæteris quæ ſuperſunt, res geſta declaretur.

Non obſtat quod in contrarium obiicit Bartolus, quod vnum inſtrumentum ſit, licet pluribus exemplis deſcriptum *l. vnum is ff. de teſtament.* proinde inſtrumen-

mentum redditum ſit, quando vnum exemplar redditum eſt.

Recte enim Duarenus hoc argumentum in ipſum Bartolum retorquet, hoc modo: vnum eſt inſtrumentum: atqui à creditore id retentum eſt, non igitur id redditum dici debet. Deinde ait non ſimpliciter id verum eſſe, quod vnum ſit, non plura inſtrumenta: quia ſicut deſcriptis pluribus exemplis eiuſdem teſtamenti, vnum inſtrumentum dicitur, plura vero exempla, aut plures chartæ ſiue membranæ: ita quoque, in propoſito, vnus quidem eſt contractus, aut vna obligatio, ſed cautiones plures, aut plura inſtrumenta recte dici poſſunt.

Cæterum obſeruandum eſt, quod ſi quis Chirographum reddens dicit, ſe id donare ſeu legare, dubium nullum ſit, quin donatis vel legatis tabulis nomen ipſum ac debitum donatum legatumue ſit. Eadem ratio eſt venditionis *l. qui Chirographum. ff. de legat. 3. l. ſeruum. §. eum qui ff. de legat. 1. leg. 1. ff. quæ res pign. leg. 1. Codic. de donat.*

Sed vtrum quemadmodum, reddito Chirographo, debitum cenſetur remiſſum & pactum de non petendo factum, ita quoque pignore reddito, principalis obligatio extincta cenſeatur, quæſtio eſt?

Sed negat Modeſtinus *in l. 3. ff. de pact. poſtquam* inquiens *pignus vero debitori reddatur, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum peti poſſe dubium plane non eſt, niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur*: non igitur remiſſum intelligitur debitum principale reddito pignore. Nec obeſt exemplum chirographi redditi, nam Martinus & Iohannes, antiqui Gloſſatores, hanc diuerſitatis rationem aſſignant, quod chirographi redditi nulla omnino ſit vtilitas, niſi ad inducendam coniecturam perfectæ ſolutionis *l. 14. Codic. de ſolut. l. 59. de legat. 3. leg 12. Codic. de probat.* pignoris vero multiplex poſſit eſſe vſus, ſiue ad vtendum, ſiue ad vendendum, ſiue ad alteri cuipiam obligandum, aut commodandum. Et ita quoque Hotomannus & Duaren. *in d. l. 3. de pact.*

Verum reiicit hanc rationem Cuiacius propterea quod ex reddita cautione aliæ multæ vtilitates fingi poſſint.

Proinde ipſe Cuiacius, eumque ſecutus Antonius Faber, hanc adducunt diuerſitatis rationem, quod chirographo contineatur principalis obligatio; pignus autem ſit obligatio acceſſoria, quemadmodum fideiuſſor; ideo ſicut, fideiuſſore liberato, nihilominus ſortis obligatio ſubſiſtit, ita pignore liberato, non ideo principalis obligatio ſit extincta: at reddito chirographo, principalis obligationis authoritas continetur, etiamſi de ea ſoluenda nullus tractatus habitus ſit, id tamen actum videatur vt ſoluatur obligatio principalis.

Sed Hotomanno diſplicet hæc diuerſitatis ratio, propterea quia chirographum neque ſit obligatio, neque obligationem contineat, alioquin amiſſo chirographo, etiam ipſa obligatio amiſſa diceretur contra *l. cum inſtrumentis 10. C. de fide inſtrum.* ſed chirographum nil aliud eſt, quam teſtimonium contractæ obligationis *d. l. 59. de legat. 3. l. 12. C. de probat.* Ipſe igitur Hotomannus, hac Cuiacii opinione reiecta, ſtatuit effectum chirographi & pignoris redditi diuerſum non eſſe, quia ſicut redditio chirographi extinguit cauſam chirographi h. e. obligationem perſonalem; ita redditio pignoris extinguit cauſam pignoris, h. e. obligationem realem: principalem vero obligationem non extinguit.

Veruntamen mihi, ſaluo aliorum iudicio, Cuiacii ratio probabilior videtur, cum manifeſtum ſit *in d. l. 2. & 3.* ICtos cõſtituere diuerſitatem pignoris & chirographi quoad principalem obligationem.

Non obſtante eo, quod contra Hotomannus obiicit: non enim ſequitur amiſſo inſtrumento non amittitur obligatio.

Digitized by Google

Ergo obligatio in inſtrumento non continetur. Quandoquidem in teſtamento vltima defuncti voluntas contineri dicitur; & tamen, amiſſo teſtamento, non protenus amittitur vltima teſtatoris voluntas.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Lit. A. & B. PActum porro illud, quod eſt de non petendo, diuidet Iuriſconſultus Vlpianus in reale & perſonale. Reale appellat, quo quis generaliter, nulla expreſſa perſonæ mentione facta paciſcitur NE PETAT: perſonale vero quo quis paciſcitur NE A CERTA PERSONA, in pacto nominatim expreſſa, PETAT, veluti ne à Lucio Titio petat. *l.7.§.pactorum.ff. de pact.* vbi pactorum, inquit, quædam in rem ſunt, quædam in perſonam: in rem ſunt, quoties generaliter paciſcor ne petam: in perſonam, quotiens ne à perſona, hoc eſt, ne à Lucio Titio petam.

Vtrum vero inter hæc duo, pactum, inquam, in rem & in perſonam detur aliquod mixtum pactum, quod partim in rem ſit, partim in perſonam, valde ambigitur? Affirmat Fr. Hotomannus *lib.1. amic.reſp.29.* & in com. *ad d.l.7.§. pactorum. ff.de pact.*

Vt hoc affirmet, mouetur inprimis textu *in l.57.ff.de pact.* vbi Florentinus affirmat, quod pactum quoddã ſit ex altera parte in rem & ex altera in perſonam.

Sed mihi verior videtur Cuiacii ſententia, quæ etiam textu nititur perſpicuo *d.l.7.§.pactorum*, vbi in genere omne pactum de non petẽdo diuiditur in pactum reale & perſonale, mixti vero nulla penitus fit mentio: at male & vitioſe, ſi mixtum aliquod eſt pactum.

Vt taceam quod pactum illud, quod mixtum vulgo appellitant, veluti ne ego petam, vel ne a te petatur dicatur ad heredes tranſire ac heredibus prodeſſe. *l.57. de pact.* Huiuſmodi vero pactum eſt reale *l.40.ff.d.tit.*

Quapropter pactum illud, quod *in d.l. 57.* dicitur partim in rem, partim in perſonam eſſe, verborum duntaxat conceptione dicitur eſſe mixtum: reuera tamen in effectu eſt reale; vti etiam in rem eſſe expreſſe dicitur *in l.7.§.8.ff.de pact.* vide *in d. tract.c.19.vlt.*

Cæterum cum adiectio perſonæ non ſemper perſonale pactum faciat, vt quæ interdum eo ſpectet, vt appareat, cum quo pactum ſit initum; quæritur in dubio, vtrum potius perſonale præſumatur, an reale? Et verius mihi videtur, quod in dubio præſumatur in rem potius eſſe, quam in perſonam, & conſequenter niſi conſtet perſonale eſſe pactum aut euidenter id probetur, pactum heredibus quoque proderit, atque ita ſentiunt quoque Goedd. *de contrahend. & commit. ſtipul. cap.9.num.146* Borcholt. *de pact.cap.2.diu.3. num. 22.* Duaren. *in d.l. 7. §. pactorum. ff. de pact.* Quæ ſententia confirmatur hac inprimis ratione, quod quiſque præſumatur ſibi atque heredibus ſuis cauere voluiſſe *l.9.ff.de probat. l. veteris. Cod. de contrah. & commit. ſtipulat.* At pactum, quod ad heredes tranſitorium eſt; quodque heredibus paciſcentis prodeſt, in rem eſt *l. 40. ff.de pact.* perſonale vero pactum ad heredes non tranſit *l. 25. pr. ff. de pact.* igitur in dubio pro reali potius, quam perſonali pacto præſumitur. Qu. 23. *An dubio præſumatur pactum eſſe reale, an perſonale.*

2. Accedit quod & ſtipulatio præſumatur in dubio, potius in rem quam in perſonam *l. ſtipulatio iſta. 38. ff. de verb. obligat.* proinde & pactum in dubio præſumetur potius reale, quam perſonale.

3. Poſtremo ſententia hæc diſerte quoque ab Vlpiano approbatur *in d. l 7. §. pactorum.ff.de pact.* vbi in hæc verba ſcribit: *Vtrum autem in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex mente conuenientium, quam ex verbis æſtimandum eſt: plerumque enim perſona pacto inſeritur, non vt perſonale*

nale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum ſit. Atqui in dubio præſumitur pro eo, quod ſit plerunque & vt plurimum. Igitur in dubio præſumitur pactum reale potius, quam perſonale.

Nec refragatur quod obiicit Antonius Faber idcirco pactum in dubio præſumi perſonale, quia in dubio non poſſit aliunde melius perſpici voluntas, quam ex vi & proprietate verborũ *l. ille aut ille 25. §. 7 l 63. de legat. 3.* Cum vero in pacto certa perſona ſit expreſſa, cenſeatur hæc eſſe proprietas verborum, vt tantum perſona illa, quæ nominata eſt, pacto ſit comprehenſa: cæteræ vero perſonæ omnes ſint excluſæ, ac proinde pactum in dubio præſumatur perſonale, non reale.

Hoc non obſtat; quia verborum iſtorum in dubio hæc vis non eſt, vt pactum ad certam iſtam reſtringatur perſonam, ſed vt demonſtretur is, quo cum pactum eſt initum, prout ipſe Vlpianus *in d. l. 7. §. 8.* teſtatur.

Subiicit Autor pactum imitari ac ſequi naturam eius negocii cui adiectum eſt: tum quia alias acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis *arg. §. ſi alienam I. de Rer. diuiſ.* tum quia pactum appoſitum contractui, ſi in continenti id fiat, efficitur pars ipſius *l. 7. §. 5. de pact.* vbi dicitur ineſſe contractui, *l. 40. ff. de Reb credit.*

Nec obeſt quod pactum dicitur formam dare contractui *l. 7. §. 5. ff. de pact.* vt ita contractus potius ſequatur naturam contractus: nam pactum ita dat formam contractui, vt ſimul eiuſdem contractus pars conſtituatur & conſequenter contractus informati illius naturam ſequatur & imitetur.

Lit. C. Qu. 24. *Pactum perſonale an proſit emptori & donatario?*

Cæterum diuiſionis ſuperioris pacti in rem & in perſonam vſus in eo maxime conſpicitur, quod pactum perſonale ad heredes & ſucceſſores non tranſit: reale vero omnibus & quibuſuis ſucceſſoribus tam vniuerſalib. quam ſingularibus proſit: quam differentiam ſuggerit Iuriſconſultus Paulus *in l. 25. §. 1. ff. de pact. & l. 22. §. fin. ff. eod.*

Illud tamen certum eſt, pactum venditoris prodeſſe emptori & pactũ donatoris donatario, ſiue pactũ ſit in re, ſiue in perſonã: & de reali pacto textus expreſſus eſt *in l. 17. §. 5. ff. de pact.* vbi dicitur: *Pactum conuentum cum venditore factum, ſi in rem conſtituatur, ſecundum plurium ſententiam emptori prodeſt*: & ratio huius perſpicua eſt, hæc quod in rem pacta omnibus omnino proſint, quorum obligationem diſſolutam eſſe intereſt eius, qui paciſcebatur *d. l. 22. §. fin. ff. de pact.* Atqui venditoris & donatoris intereſt obligationem emptoris & donatarii eſſe diſſolutam, venditoris idcirco intereſt ne petatur ab emptore, ſed obligatio ipſius diſſoluatur, quia eo maiori precio rem ſuam vendat, & alias emptori aduerſus ipſum, re euicta, regreſſus competat: donatoris vero ideo intereſt pactum prodeſſe donatario, quia licet hic aduerſus donatarium nullum habeat regreſſum, re euicta, intereſt tamen eius liberalitatem ſuam exitum ſortiri, eo quod donatarium habeat ad remunerationem & gratitudinem obligatum *l. 25. §. conſuluit. Digeſt. de petit. heredit.* Et hæc de pacto reali minus habent dubii.

Sed vtrum perſonale quoque pactum, in perſonam paciſcentis expreſſe conceptum, ſingulari proſit ſucceſſori, ambigitur?

Et quidem prodeſſe donatario & emptori ſtatuit Author & communis eſt Dd. opinio, qua potiſſimum nititur *l. 17. §. 5. ff. de pact.* vbi hoc perſpicue affirmare videtur Paulus.

Sed mihi contraria opinio magis placet, tum quia pactum duorum neque prodeſt, neque nocet tertio *l. 27. §. 4. Digeſt. de tranſact.* tum quia regula eſt pactum perſonale ad alium non pertinere *l. 25. §. prim. Digeſt. de pact.* tum quia

pactum perſonale non prodeſt vniuerſali ſucceſſori ſiue heredi *d.l.25.§.1.* qui tamen eadem cum defuncto cenſetur eſſe perſona, eiuſdemque perſonam repræſentare dicitur.

Nec obſtat *d l.17.§.5.ff.de pact.* Nam ibi ſententia Sabini duntaxat refertur, non etiam approbatur, ſed potius ab eodem Paulo diſerte reprobatur ac reiicitur *in d. l.25.§.1.* vbi aſſerit, perſonale pactum non ſolum ad heredem non tranſire, ſed nec AD ALIVM, vide quæ dixi *d.tr. de pact. c. 4.q.11.*

Lit.D. Qu. 25. *An pactū reale proſit fideiuſſorib.* Pactum reale an proſit fideiuſſoribus quæritur? Vt ſi principalis debitor pactus eſſet cum creditore, ne à ſe creditor peteret debitum, quæſtio, inquam eſt, vtrum creditor, non obſtante hoc pacto, petere poſſit nihilominus à fideiuſſore.

Sed quæſtio diſtinctione terminanda ac decidenda videtur: nam pactum in rem prodeſſe fideiuſſori palam eſt ex *l. 21. §.fin.ff. de pact.* vbi Paulus: & in rem ait pacta omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe eius, qui paciſcebatur, interfuit: itaque debitoris conuentio fideiuſſoribus proficiet. Intereſt quippe principalis debitoris liberatum quoque eſſe fideiuſſorem: nam ſi ab ipſo debitum peteretur, haberet regreſſum aduerſus principalem ſuum actione mandati.

Perſonale vero pactum fideiuſſori prodeſſe non videtur: vnde ſi debitor principalis pactus fuerit cum creditore ſuo, ne à ſe peteret; liberum nihilominus erit creditori fideiuſſorem conuenire & ab eo debitum exigere.

Hoc vero aperte cautum eſt, *l. 22. ff. de pact.* vbi, cum *in praeced. l.21.* Paulus dixiſſet, pactum reale fideiuſſori prodeſſe, ſubiicit, *hoc ita eſſe niſi hoc actum ſit, vt duntaxat à reo non petatur, à fideiuſſore petatur: tunc enim fideiuſſorem exceptione non vſurum.*

Confirmare idem videtur *l. 5. Codic. de fideiuſſor.* in qua Antoninus: *Iure noſtro eſt poteſtas creditori, relicto reo eligendi fideiuſſores, niſi inter contrahentes aliud placitum doceatur. Proinde ſi conuenerit, ne à principali petatur, adhuc fideiuſſores conueniri poterunt.*

3. Accedit ad eiuſdem confirmationem etiam *l. 25. §. 1.ff. de pact.* in qua dicitur pactum perſonale non pertinere ad alium: à qua regula, cum non excipiatur fideiuſſor, intelligitur ſub regula contineri.

Sed hæc ita de iure veteri obtinuiſſe facile & vltro largior: iure vero nouo, quo hodie vtimur, verius eſt pactum perſonale principalis non minus atque reale prodeſſe fideiuſſoribus, ſic vt, eo obſtante, nec à fideiuſſoribus debitum peti & exigi valeat.

Ratio & fundamentum in hoc conſiſtit, quod cum ex Nouella 4. fideiuſſor habeat beneficium excuſſionis, ita vt principali non excuſſo, fideiuſſor conueniri nequeat: conſequens eſt vt per pactum de non petendo non poſſit liberari reus, ſic vt fideiuſſor maneat obligatus.

Vt taceam quod ſi perſonale pactum debitoris valeret ad principalem debitorem duntaxat liberandum, nec idem prodeſſet fideiuſſori, adimeretur hoc pacto fideiuſſori beneficium excuſſionis à Iuſtiniano ipſi tributum: at nemo poteſt ſuo pacto tertio nocere, eique ius legitime quæſitum adimere *l 27.§.4.ff.de pact.l. 3. ff. de tranſact.*

Quocirca perſonale pactum debitoris principalis proderit etiam fideiuſſori ſolum per conſequentiam & occaſione magis, quam iure, inuitis etiam paciſcentib. ſibique imputare debet creditor, quod cum debitore pactus fuit.

Quod ſi tamen fideiuſſor beneficio excuſſionis renunciarit nullum dubium eſt, quin tūc pactum debitoris perſonale ipſi non proſit, nec liberationem ei pareat, ſed liberato per iſtud principali debitore, ipſe adhuc conueniri poſſit. Qu. 26. *An pactū fideiuſſoris proſit debitori?*

Cæte-

Cęterum fideiuſſoris pactum non prodeſt debitori, ſiue ſit in rem, ſiue in perſonam conceptam.

1. Quia liberato fideiuſſore non protenus liberatur debitor principalis.

2. Quia, liberato fideiuſſore, non intereſt fideiuſſoris liberatum quoq; eſſe principalem, quia non ſicut fideiuſſor habet regreſſum aduerſus debitorem: ita debitor, quando ſoluit habet regreſſum aduerſus fideiuſſorem, maxime iure hodierno, quo beneficium excuſſionis tributum eſt fideiuſſoribus ita vt non poſſint conueniri, priuſquam excuſſus fuerit debitor principalis: atqui pactum reale prodeſt ſaltem illis, quos liberari intereſt paciſcentis *l. 21. in fin. ff. de pac.*

3. Et hoc eſt quod expreſſe ſcribit Paulus in *l. 23. Digeſt. de pact. Fideiuſſoris conuentio nihil proderit reo, quia nihil intereſt eius à debitore pecuniam non peti: Immo nec confideiuſſoribus proderit: neque enim quoquo modo cuiuſque intereſt, cum alio conuentio facta prodeſt; ſed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus eſt, proficiat; ſicut in reo promittendi & his, qui pro eo obligati ſunt.*

Et in *l. ſeq. 25. §. 2. Sed quamuis fideiuſſoris pactum reo non proſit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus ſcribit: videlicet ſi hoc actum ſit, ne à reo quoq; petatur.*

Quare certum & expeditum eſt, pactum debitoris prodeſſe fideiuſſori, ſed non viceuerſa pactum fideiuſſoris vtile eſſe debitori, ob rationem diuerſitatis ſupra aſſignatam.

Cæterum quod pactũ fideiuſſoris proſit quoq; debitori, videtur dicendum ex *l. 28. §. 1. ff. de iureiur.* vbi ſi fideiuſſor iurauerit nihil deberi, prodeſt hoc iuſiurandum etiam debitori ipſiq; liberationem parit: proinde idem quoque dicendum videtur de fideiuſſoris pacto. Sed reſpondet Cuiacius hoc ideo fieri, quia maior ſit vis religionis, quàm fidei datæ, cum iuſiurandũ loco ſolutionis habeatur: pactum non item.

Verum Antonius Faber in *rational. ad Pand. in dict. l. 23.* dicit aliam eſſe rationem iuriſiurandi, aliam verò pacti de non petendo, etiam in rem concepti, quia iuſiurandum cedit loco ſolutionis *l. 27. ff. de iureiur.* Vnde ſi iuratum eſt, de eoq; conſtat, non ſolum datur iuranti exceptio, ſed etiam denegatur actio actori *l. 9. pr. ff. de iureiur.* Et iuſiurandum eandem vim habet, quam res iudicata, imo maiorem vim *l. 2. ff. de iureiur.* & conſequenter pro veritate habetur *l. 208. de reg. iur.* Si itaq; fideiuſſor iurauerit nihil deberi, verũ eſt tam reum, quam fideiuſſorẽ nihil debere. Cum nec alia ratione contendat fideiuſſor ſe nihil debere, quam quod à reo ipſo nihil debeatur. At pactum de non petendo, quamuis in rem conceptum, nunquam afficit ſubſtantiam obligationis, ſed tantum exercitium aut potius efficaciam actionis, cuius tamen integrum ius relinquit: prodeſt igitur tantum ad hoc, vt actio per exceptionem elidatur, quia nimirũ ita fieri intereſt paciſcentis, qui nec aliam ob cauſam pactus fuit, quam vt eam exceptionẽ acquirendo, ſibi acquireret *l. 27. §. 1. ff. de pact.* atqui, vt dictum fuit, nihil intereſt ipſius fideiuſſoris liberari debitorem.

Sic etiam non obſtat *l. 13. §. 7. ff. de acceptilat.* vbi dicitur, quod acceptilatio fideiuſſoris proſit debitori eumque liberet. Reſp. Nam acceptilatione quoq, ipſo iure liberatur fideiuſſor, ita vt pro ſolutione habeatur, cum ſpecies ſolutionis ſit *tit. I. quib. mod. oblig. ſoluit.* & effectum ſolutionis habeat: ſolutione autem fideiuſſoris liberari debitorem certum eſt.

Etſi vero pactum fideiuſſoris non proſit debitori ad hoc, vt cõuentus à creditore poſſit ſe pacti iſtius exceptione tueri, hactenus tamen pactũ iſtud prodeſt debitori, vt ſe aduerſus creditorem doli exceptione tueri poſſit, dummodo hoc aperte fuerit actum in pactione iſta ne à reo quoque pe-

que petatur, *d.l.25.& 26.ff.de pact.* Sed contra textum hunc dilucidiſſimum inſurgit Anton. Faber *in ration ad d.l.26.* & contra probare nititur, quod debitori ne quidẽ doli exceptio competat ex pacto fideiuſſoris, quo expreſſe cautum eſt, ne à reo quoque petatur.

1. Quia per liberã perſonã, quæ in poteſtate noſtra nõ eſt, nec actio nec exceptio acquiri poteſt, quantumvis maxime interſit noſtra, niſi interſit principaliter eius, per quem acquirere volumus *l.38.§. alteri ff.de verb.oblig.* Proinde cum fideiuſſoris non interſit debitorem defendi exceptione, conſequens eſt, quod nec exceptio doli per fideiuſſorem debitori acquiratur.

2. Quia exceptio doli tantundẽ prodeſſet debitori, quantum exceptio pacti: cum in effectu debitoris nil interſit qua exceptione ſubmoueatur actor, dũmodo ſubmoueatur. Vnde ſi exceptio pacti non datur debitori ex pacto fideiuſſoris, nec exceptio doli dabitur.

3. Quia ratio iſta Pauli, ob quam negat Paulus, pactum de nõ petendo fideiuſſoris prodeſſe debitori, eſt generale: hæc inquam, ratio, quia nihil interſit fideiuſſoris à debitore non peti *d.l.21.§.fin.ff.de pact.*

4. Quia Paulus in *l.25.* non dicit, quod ex pacto fideiuſſoris reo non ſit danda exceptio pacti, ſed ſimpliciter negatur, ꝙ ſit danda exceptio, & dicitur pactum fideiuſſoris non prodeſſe principali reo: atqui non prodeſſe, & prodeſſe tamen pactum fideiuſſori, ſunt contraria, quæ ſimul conſiſtere non poſſunt. Sed hæc argumenta non ſunt eius ponderis & momenti, vt textum clariſſimum & evidentiſſimum eludere poſſint.

Etſi enim generalis ſit iuris regula, ꝙ per liberam perſonam nobis nulla actio aut exceptio acquiri poſſit *l.1.c.per quas perſonas d.l.38.§.alteri ff.de verb.oblig.* excipitur tamen exceptio doli quæ hoc loco tribuitur debitori ſeu reo principali, quia dolo malo facit creditor reum conueniens cõtra conuentionem: & quamuis exceptio pacti hoc loco reo non acquiratur; acquiritur tamen ei exceptio doli, vt quæ iis in caſibus locum habeat, quibus pacti exceptio deficit *l.reſcriptum.10.§.vltim.l.ſi cum emptore 16.ff.de pact.*

Ad ſecundam rationem reſpondetur non ſequi, tantundem exceptio doli præſtat debitori, quantum exceptio pacti. Ergo cum exceptio pacti denegatur, tunc quoq; exceptio doli denegabitur, refellitur enim, & refringitur hæc illatio per *d.l.16.§.vlt.& l.16.hoc tit.*

Ad tertiam reſpondetur, regulam iſtã, quod quotiens paciſcentis non intereſt pactũ alii prodeſſe toties quoq; exceptio aliis denegetur, officium ſuum perdere in exceptione doli & intelligendam duntaxat eſſe de exceptione pacti conuenti: ſic vt quoad hanc pactum non proſit debitori cum alterius paciſcentis nihil intereſt.

Sic etiam in *d.l.25.* ſtatuit quidem Paulus, quod regula ſit, ex pacto fideiuſſoris non dari exceptionem, ſed ab hac regula expreſſe excipit doli exceptionem, quam vnico iſto caſu vult competere principali reo, quando hoc expreſſe actum eſt, ne à reo quoq; petatur. Atq; hic tenendũ eſt, illud, ꝙ alibi pro regula traditur, omnem definitionem periculoſam eſſe: atq; regulam, quantumuis generalem, officium ſuum perdere in caſibus exceptis.

RESOLVTIO THESIS QVINTÆ.

CVm quæritur de his qui paciſci poſſint hæc notanda & tenenda eſt regula: omnes paciſci & contrahere poſſe, qui expreſſe prohibiti non reperiuntur. *argum.l.43.§.1.ff.de procurator.* prohibentur autem natura illi, qui conſentire per naturam non poſſunt, quorumq; nullus intellectus eſt, nullus animi ſenſus, nullum iudicium. *Litera A.*

iudicium. Et ratio eſt, quod omnis pactio conſenſu conſtet ſitque, definiente ICto in *l. 1. de pact.* duorum pluriumve in idem placitum conſenſus.

Quæ. 27 *An infantes paciſci poſſint?*

Ex illorum numero ſunt primo infantes, de quibus ita Iuſtinianus ſcribit: *Sed quod diximus de pupillis* (quod videlicet ſtipulari poſſint) *vtique de iis verum eſt, qui habent aliquem intellectum: nam infans & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant*: & quod infantes intellectu deſtituantur, nec conſentire poſſint, ſatis evincit *§. 18. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc. l. 12. ff. ad L. Corn. de ſicar.*

Quæ. 28 *An furioſus paciſci poſſit?*

Idemque dicendum de furioſo, quia nulla eſt ipſius volūtas, nulla mēs *§.... Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* nullus animi ſenſus *l. 22. §. 7. ff. ſolut. matrim.* Hinc etiam furioſi habentur loco abſentium, in iis ſcilicet, quæ animi requirunt præſentiam *l. 2. §. 3. ff. de iure codicil. l. 124. §. 1. ff. de reg. iur.* Et dormientium atque ignorantium loco habentur *l. 24. pr. ff. de oblig. & act. l. 1. §. 3. ff. de acquir. vel am. it. poſſ.*

Atqui pactum requirit vtriuſque paciſcentis conſenſum *l. 1. ff. de pact.* Quocirca cum furioſi non poſſint cōſentire, ſequitur, quod nec paciſci poſſint.

Cum autē furioſorum duo ſint genera, ita vt quidam perpetuo furore laborent, quidam verò habeant perſpicua furoris interualla *l. pen. C. de curat. furioſ.* obſeruandum eſt, quod illi demum, qui perpetuo & continuo furore laborant, paciſci nequeant: at illi qui habent furoris interualla, poſſint paciſci eo tempore, quo ipſorum furor remiſſus eſt, quoniam alia quævis rectè peragere queunt, quæ conſenſum & animi iudicium deſiderāt: nam teſtamenta facere poſſunt aliiſve teſtamēta facientibus, teſtes eſſe *l. 9. C. qui teſt. fac. poſſ. l. 20. §. furioſi ff. eod §. 1. Inſtit quib. mod. teſtam. infirm.* poſſunt denique quoſuis contractus inire *l. 2. C. de contrahend. empt.* vide quæ de hac quæſtione prolixius dicta ſunt in *d. tr. de pact. c. 3. q. 1.*

Quæ. 29 *An ebrius paciſci & ex pacto obligari poſſit?*

De ebrio paciſcente, vtrumne obligetur ex pacto, non conuenit inter iuris noſtri interpp.

Autor noſter indiſtinctè affirmat: alii diſtinguunt inter ebrium & ebrioſum, ſic vt ille non obligetur ex pacto: at hic obligetur; at ego indiſtinctè id negandum cenſeo, ſi modo ebrius quis ſit ad mentis alienationem: tum quia ebrius, qui ita, vt dixi ad mentis alienationem vſq; inebriatus eſt, conſentire non poteſt, nec intelligit quid agat, quidue dicat. Pactum vero conſenſum deſiderat: tum quia furioſo ebrius æquiparatur *c. 14. de vita clericorum. & ca. 8. cauſ. 15. q. 2.* At furioſus non paciſcitur, nec ex pacto obligatur. Igitur nec ebrius.

Nec puto hîc admittendam eſſe Gailii & authoris noſtri diſtinctionem inter ebrium, qui non ex propoſito & de induſtria, ſed vini vi ignorata, ebriatus eſt; & ebrioſum qui ex conſuetudine & habitu ſciens prudēs inebriatur; vt ille quidē paciſci nequeat, hic vero ex pacto obligetur.

Nam hic ebrium ex pacto dicimus nō obligari propter defectum conſenſus: at ebrioſus non magis poteſt conſentire, q̄ ebrius, quin etiā ſimilior eſt furioſo, qui ob defectum conſenſus paciſci nequit.

Nec ad rem facit quicquam, quod dicit autor noſter neminem, rei illicitæ vacantem, ſua excuſari improbitate *l. 203. de reg. iur. l. 15. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.* ebrioſo autem patrocinaretur ipſius improbitas eumq; excuſaret, ſi propterea, quod ebrius fuerit pactus, non obligaretur.

Reſp. Nam committitur fallacia cauſę, quia non propterea furioſus ex pacto ſuo non obligatur, quia improbitas eius vllū ipſi patrociniū præſtare ac præbere debeat; ſed quia conſenſus, pacti pars ſubſtantialis, in ebrioſo deficit: improbitas vero & malitia eius adeo non debet ipſi patrocinari, vt etiam debitis ſit coercenda pœnis, vt mox dicetur.

An igitur ebrius, ſeu potius ebrioſus ex delicto

Quę.30. *An ebrius ex delicto obligetur.* delicto obligetur, quod in ebrietate commiſit, quæſtio eſt non perinde expedita? Autor noſter & hîc cum Gailio diſtinguit inter ebrium & ebrioſum, quaſi hic obligetur ex delicto & pœna ordinaria afficiatur: ille vero non item.

Sed ego ita ſtatuendum exiſtimo, ebrium, vel etiam ebrioſum, ſi ad inſaniam vſque & mentis alienationem ſe inebrians deliquerit, ordinaria pœna non teneri.

Vt ita ſtatuã ac ſentiam, mouet me imprimis quod ad omne delictũ animus ac propoſitum delinquẽdi requiratur, adeo vt ex animo delinquendi delictũ æſtimetur, & animus delicta diſtinguat *l. 53. pr. ff. de furt.* nec ſine conſilio delinquendi delictũ cõmiſſum intelligatur *l. 5. C de iniur.*

Atqui in ebrio deficit anim⁹ delinquẽdi *l. 11. §. 2.* vbi ebrius dicitur nõ propoſito, ſed impetu delinquere. Quare ebrius propriè non delinquit, ac conſequenter non poteſt pœna delicti ordinaria affici.

2. Et hoc eſt, quod in *d. Can. 8. cauſ. 15. q. 2.* D. Ambroſius ſcribit: *Sane diſcimus vitandam ebrietatem, per quam crimina cauere non poſſumus. Nam quæ ſobrii cauemus, per ebrietatem ignorantes committimus. Neſciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, iacent ſepulti; ideoque ſi quæ per vinum delinquerint apud ſapientes iudices venia quidem facta donantur, ſed leuitatis damnantur authores.*

Hic expreſſe ſtatuit D. Ambroſius eos, qui vino inebriati peccauerint, à pœna delicti abſoluendos, ſed propter leuitatẽ, quia ſe ad inſaniam vſq; ad dementiam inebriarint, eſſe puniendos.

3. Mouet me inſuper, quod furioſus delinquẽs non puniatur pœna delicti admiſſi *l. 12. ff. ad L. Corn. de ſicar. l. 14. ff. de offic. proconſ. l. 5. §. 2. ff. ad L. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de iniur. l. 13. §. 1. ff. de offic. præſid. & dixi in tract. de pact. c. 3. quæſt. 2.* Atqui furioſo comparatur ebrioſus etiam in delictis *cap. 14. de vita cleric. d. can. 8.*

4. Confirmat inſuper hanc ſententiam *l. omne delictum § 7. ff. de re milit.* cuius hæc ſunt verba: *Per vinum, aut laſciuiam lapſis capitalis pœna remittenda eſt.*

5. Deniq; comprobat noſtram ſententiam *l. vnic. C. ſi quis Imperat. maledix.* in qua is, qui ex temulentia Imperatori maledixerit, à pœna abſoluitur.

Non facit ad rem quod qui ebrius delinquit bis videatur peccare, primo quod ſe inebriat, deinde quod aliud inſuper flagitium admittit, & ideo grauiorem pœnã promereatur, quã qui ſobrius delinquit.

Reſp. Ebrietatem & leuitatẽ in ipſo puniendam ipſi fatemur, ſed alterum, quod ex ebrietate ſine propoſito delinquendi perpetrauit, ordinaria pœna vindicandũ non eſt *d. can. 8. cauſ. 15. q. 2.* ob rationes prædictas. Et ſane grauius peccat, qui ex propoſito & animo deliberato flagitium aliquod cõmittit, quam qui ſine propoſito & animo delinquẽdi aliquid deſignat: vnde qui ſobrius delinquit grauius delinquere merito dicetur, quã qui delinquit ebrius. Obſeruandũ tamen eſt, ꝙ ſi is, qui ebrius deliquerat, poſtea ſobrius factus, glorietur ſe iſtud facinus perpetraſſe, ordinaria pœna teneatur, propterea quod iactatio iſta efficiat, vt ratũ habere videatur, quod malè egit. Sicut & tunc ordinaria pœna punitur quãdo ad hoc ſe inebriavit, vt audacius delinqueret. Menoch. *arbitr. iud. quæſt. caſ. 326.*

Etſi porro verum ſit quod dicit author noſter, delicta quædam eſſe naturalia & iuris gentium, quædam ciuilia, atq; magiſtratum ex delicto iuregentium non capitali, facere poſſe capitale, ſed id Reip. exigat vtilitas *l. aut facta. §. fin. ff. de pœnis*: non tamen concedo vlla lege, cõſtitutione vel ſtatuto homicidium, ab ebriis cõmiſſum, fieri poſſe capitale, propterea quod naturæ & rectæ rationi, vt & æquitati plane aduerſetur, eum vltimo ſupplicio & capitali pœna affici, qui citra propoſitum dequit, ſolo impetu quodam, quiq; maleficium committendi propoſitum nullũ habuit. Atqui propoſitum animumq; delinquendi

quendi in ebrio, ad inſaniam vſq; inebriato, deficere ſupra oſtenſum fuit: diſtinctio itaque ſuperior per ſe quidem vera eſt, ſed ad propoſitum male accommodatur.

Litera B. Lege porro prohibentur paciſci impuberes ſine tutorum auctoritate; minores ſine conſenſu curatorum; & deniq; prodigi quibus bonis interdictũ eſt citra curatorum aſſenſum: de quibus, etſi prolixe in tractat. noſtro de pactis dixerimus, quia tamẽ ſæpius in hoc opere quæſtiones iſtæ de pupillorum, minorũ & prodigorũ pactionibus & contractibus recurrunt & repetuntur, operæ precium eſſe duximus eas nõ remiſſiue, ſed ex profeſſo tractare.

Quæ. 31. *An impuberes obligentur ſine autoritate tutorum?* Quod igitur primo attinet ad impuberes, ſeu pupillos, qui fari poſſunt, de iis hæc regula traditur, quod omnia tutore autore agere poſſint *l. 5. de reg. iur.* quo tacite ſignificatur, ſine tutoris autoritate eum non omnia negotia gerere poſſe: & ſanè ita etiam eſt: ſunt n. negotia triplicis generis: ex quibuſdam pupillus conditionẽ ſuã nõ poteſt non meliorẽ reddere, vt ſi quid ipſi pure donetur, ſi quid ab alio ipſe ſtipuletur: & huiuſmodi negotia peragi etiam ſine tutore poſſunt, quia pupillus meliorẽ quidẽ conditionem ſuã, etiam ſine tutoris authoritate facere poteſt, *princ. Inſtit. de auct. tut.* Quædam vero negotia eius ſunt generis, vt ex illis nunquam pupillus locupletior; ſed ſemper pauperior reddatur, vt ſi ipſe ſtipulando pure aliis promittat. *dict. pr.* talia negotia non poteſt gerere pupillus ſine tutoris autoritate, quia meliorem quidẽ conditionem ſuam ſine tutore facere poteſt pupillus; deteriorẽ vero non item, *d. pr.* Quædam deniq; negotia intermedia ſunt, ex quibus fieri poteſt, vt locupletior reddatur pupillus, fieri etiã poteſt, vt reddatur pauperior. Hæc quoque perficere abſque tutore pupillus non poteſt, *d. pr. verſ. vnde in his. Inſtitut. de auctor. tut.* Vnde etiam contractus vltrò citroq; obligatorios non poteſt, niſi tutoris adhibita authoritate, inire *dict. princ. verſ. vnde in his.* Quare eadem ratione nec paciſci, nec paciſcendo obligari poterit. Quid tamen ſi citra tutoris authoritatem contraxerit aut pactus fuerit, anne obligabitur? variæ ſunt ac propè infinitæ interpp. ſententiæ: Primò enim Coraſius *lib. 6. miſcell. c. 22.* ita diſtinguit, vt pupillus locupletior non factus, ex pacto & contractu, quem ſine tutoris authoritate iniit, obligetur quidem naturaliter, ſed nõ iure naturali: inter hæc quippe duo obligari naturaliter & obligari iure naturali plurimũ intereſſe exiſtimat: quoniam debere iure naturæ, ſiue iure naturali obligari, is demum rectè dicitur, qui aliquo iure gentium cogi poteſt, *l. cum amplius. §. is natura. ff. de reg. iur.* cum iuris verbum vim quandam habeat cogendi & iuſſum contineat, atque hæc verba *iure naturali* & *natura debere* effectum aliquem exactionis aut retentionis ex iure ſaltem gentium demonſtrent *d. l. cum amplius. §. is natura.* Quocirca per hanc diſtinctionem exiſtimat Coraſius omnes leges ad ſpeciem diſcordantes, ſic in concordiam reduci poſſe, vt illę, in quibus dicitur, pupillum non factum locupletiorem obligari, ita exaudiantur, vt naturaliter obligetur, non vero iure naturæ. Reliquæ verò, in quibus dicitur pupillum non obligari ſic accipiantur, quod non obligetur iure naturæ.

Verum diſtinctio hæc quamuis prima fronte admodum videatur ſubtilis, vix tamen ac ne vix quidem defendi ac ſuſtineri poteſt. Tum quod ſicut ciuiliter debere & iure ciuili obligatũ eſſe, ſinonyma ſunt, ita quoque æquivalentia ſunt, naturaliter obligari & iure naturali obligari: tum ꝙ ſicut ciuiliter quis obligatus eſſe non poteſt, niſi obligatus ſit iure ciuili, ex natura coniugatorum; ita quoq; naturaliter obligatus nemo eſſe poteſt, niſi & iure naturæ ſit obligatus. Tum quod omnis obligatio ſit iuris vinculum. *princ. Inſtit. de oblig.* ac proinde & naturaliter debere ſeu obligari ius aliquod præſupponat ac conſe-

quenter falſum ſit, quod Coraſius docet, obligationem qua quis naturaliter obligatur, omni iure deſtitui, tum denique quod obligatio naturalis, ex iure naturali & gentium deſcendens, confundatur cum ea obligatione qua quis naturaliter obligari dicitur; adeoque in iure idem ſignificent, naturaliter obligari & obligari iure naturali §. *1. Inſt. de fideiuſſ. leg. 13. & leg. 64. Digeſt. de condict.* nam ſeruus, qui in *d. l. 13.* dicitur naturaliter obligari in *leg. 64.* dicitur obligari iure naturali.

Secunda opinio eſt Æguinarij Baronis, qui diſtinguit inter obligationem mere naturalem & inter obligationem quæ ſimul iuris ſit gentium: vt prior pupillus obligetur, de eaque vniuerſæ leges, quibus dicitur pupillum, ſine tutoris authoritate contrahentem, obligari, exaudiantur: poſteriori vero pupillus non obligetur, de qua illæ intelligantur leges, quibus negatur, pupillum non adhibita tutoris authoritate, contrahentem obligari. Sed & hæc opinio à plerisque reiicitur; nec immerito, 1. Quia obligatio naturalis eadem eſt quæ iuris gentium *l. 84. & §. 1. de R. Iur.* vbi Paulus: *is natura debet, quem iure gentium dare oportet.* 2. Quia & ius naturale idem quod ius gentium, §. *ſingulor. Inſtit. de rer. diuiſ. §. vendit. eod.* 3. Quia multis in legibus dicitur pupillum obligari naturaliter, ſiue iure naturæ, vt in *l. 1. de Nouat. l. 25 ff. quando dies legat. cedat*, quibus è diametro contraria foret hæc Baronis diſtinctio, qua dicit pupillum obligari iure gentium.

Tertia opinio eſt Bolognini in *rubric. ff. ſi cert. pet.* vbi diſtinguit inter mutuum ac cæteros contractus, vt ex mutuo quidem non obligetur pupillus, ſine tutoris authoritate contrahens; ex cæteris verò contractibus obligetur. Cæterum diſplicet hæc quoq; opinio. 1. Quia ratio nulla dari poteſt, cur ex mutuo non obligetur, ex cæteris vero contractibus obligetur.

2. Quia eadem ratio in cæteris obtinet cõtractib. quæ in mutuo: ex mutuo enim idcirco pupillus non obligatur, quia ei bonorum adminiſtratio adempta eademque tutori demandata eſt; adminiſtrationis vero pars quædam eſt mutuam accipere pecuniam. Deinde quia pupillus nõ poteſt ſuam conditionem ſine tutore reddere deteriorem: at pupillus mutuam accipiens pecuniam, conditionem ſuam exinde deteriorem redderet. Has autem rationes in reliquis quoque contractibus peræque obtinere, quis non animaduertit? Nã & illi ad bonorum adminiſtrationem pertinent, vt paulo infra prolixius demonſtrabitur: ex iiſdemque conditionem ſuam reddere poſſunt deteriorem. *prin. Inſt. de auct. tut.* 3. Quia ex aliis quoque contractibus, quos pupillus inconſulto tutore inierit, non obligari diſerte ſcribit Iuſtin. *in d pr. Inſtit. de auct. tut.* Et Iuriſconſultus in *l. quod pub. 41. ff. de condict. indeb.*

Quarta opinio eſt illorum qui tradunt, pupillum locupletiorem non factũ obligari naturaliter: factum vero locupletiorem ciuiliter: rationes vero illorum hæ ſunt 1. Quia in *l. 21. princip. ff. ad leg. Falcidiam. l. 1. ff. de nov. l. 44. Digeſt. de ſol. leg. final. prin. ff. de iureiur. l. 64. ff. ad SC. Trebell. l. 35. ff. de recept. qui arbitr. leg. 43. Digeſt. de obligat. & action. leg. 3. §. 4. ff. de negot. geſt. leg. 19. §. 4. Digeſt. de don.* & aliis infinitis, indiſtincte ac generaliter dicitur: pupillum, ſine tutoris authoritate contrahentem, obligari; quocirca ſiue locupletior factus ſit pupillus, ſiue non, obligabitur naturaliter. 2. Quia in *leg. 25. §. 4. ff. quando dies leg. ced.* ICtus diſertis verbis ſcribit; pupillum, qui ſine tutoris authoritate nummos acceperit, nec factus fuerit locupletior, obligari naturaliter 3. Quia in *l. 127. de V. oblig.* pupillus non erat factus locupletior, quia ſtipulatione proponitur promiſiſſe & tamen fideiuſſor eius obligatur: at vero nõ obligare-

garetur, niſi & ipſe pupillus obligatus eſſet, cum obligatio fideiuſſoris ſemper aliquam, & vel naturalem obligationẽ præſupponat: nec fideiuſſor obligetur, niſi principalis pro quo interceſſit, obligatus ſit, *l. 8. §. 1. & 2 ff. de fideiuſſ. §. 1. Inſt. eod.*

4. Quia in *l 95. ff. de ſol.* heres pupilli non locupletioris ex contractu ſuo redditi, naturaliter obligatur. At non obligaretur, niſi & ipſe pupillus fuiſſet obligatus: cum heres in ius & locum defuncti ſuccedens, eiuſque perſonam repræſentans, non obligetur, niſi defunctus prius fuerit obligatus, *argum. §. 2. Inſt. de hered. Inſtit.*

5. Quia nouatio non fit, niſi obligatio poſterior firmiter teneat §. *præterea. Inſtitut. quibus mod. oblig. toll.* atqui nouatio fit, cum pupillus ſine tutoris authoritate contraxit *d. §. præterea.* Vnde ſequi videtur, pupillum ſine tutoris authoritate contrahentem, quantumvis locupletior factus non ſit, obligari naturaliter. Ex his itaque fundamentis & iuris textibus dicendum ac concludendum videtur, pupillum ſine tutore contrahentem, licet non ſit factus locupletior, obligari naturaliter.

Verum enim vero & hæc opinio non iniuria reiicitur 1. Quia pupillus eatenus ſolum obligari dicitur naturaliter, quatenus factus eſt locupletior *l. 5. princ. & §. 1. Digeſt. de auct. tut.* 2. Quia ſi non ſit factus locupletior, dicitur ſtipulatio pupilli, qua inconſulto tutore promiſit, inutilis, item ex ſtipulatione iſta obligationem eſſe nullam, §. *præterea. 3. Inſtitut. quibus modis obligatio tollitur.*

3. Quia ex contractibus, è quibus conditionem ſuam poteſt reddere deteriorem, quales ſunt vltro citroque obligatorii, negatur pupillus obligari, licet alter, qui cum pupillo contraxit, obligetur pupillo, *princ. Inſtitut. de auct. tut.* Quia cum contrahere & obligari ſit pars adminiſtrationis bonorum; adminiſtratio verò bonorum ſit pupillo adempta & tutori commiſſa; ſequitur pupillum, ſine authoritate tutoris contrahentem, ex contractu non obligari. Nec pro contraria opinione faciunt modo adducta fundamenta: non primum; quia licet plurimis in locis dicatur, pupillum ſine tutore contrahentem, obligari: id tamen neceſſariò de eo caſu accipiendum eſt, quo ex contractu ſuo pupillus locupletior eſt factus. Quod, etſi in iſtis locis non exprimatur, tamen id ex aliis legibus, in quibus diſerte exprimitur, ſumendum eſt. Nec enim infrequens, ſed vſitatiſſimum eſt, vt quod vni legi deeſt, ex alia ſuppleatur; vnde etiam inciuile dicitur de toto iure reſpondere, vel iudicare velle, vna duntaxat particula eius inſpecta. Et in toto iure generi per ſpeciem derogatur, atque textus generaliter & indiſtinctè loquentes, reſtringuntur & diſtinguuntur ex textu ſpeciali & diſtinguente *l. in toto. Digeſt. de regul. iuris.* Accedit huic quod in dubio præſumatur locupletior potius, quam pauperior factus: ac proinde in adductis legibus, iuxta hanc præſumptionem, præſupponi debeat, pupillum locupletiorem factum eſſe *l. 47. §. 1. Digeſt. de ſol.* Ad ſecundum reſpond. lectionem *dict. l. 25. §. 2. Digeſt. quando dies legat. cedat.* non eſſe certam, nec conſtantem, ſed aliam in pandectis Florentinis haberi; aliam in vulgaribus exemplaribus: in pandectis enim Florentinis particula iſta *Nec*, quæ etiam in editione Gotofredi ſemicirculis includitur, deſideratur: quare ex hoc ambiguo textu nihil contra noſtram ſententiam concludi poteſt. Sed cum & alias lectio Florentina cæteris correctior ſit & purior, ac præterea non ſolum aliis textibus expreſſis, modò à nobis adductis; ſed & rationi iuris & æquitati per omnia conueniat, idcirco eam vulgarium exemplariũ lectioni anteferendam putamus. Nec obſtat ꝙ regerit Goedd. Quod ſi lectio iſthæc admitteretur, conſequens foret, pupillũ locu-

Digitized by Google

7. cum Authent. sequ. C. quæ res pignor. vbi non obligantur pignori inſtrumenta ad agriculturam neceſſaria: ne agricultura Reipublic. admodum neceſſaria, maximo cum Reipubl. detrimento impediatur. Atqui ſtudia literarum liberalia non minus vtilia & neceſſaria Reipublic. eſſe, nemo eſt, qui negare poſſit: quocirca nec ſuppellex libraria ſtudioſorum tacite obligatur pignori, ne ſtudia liberalia maximo cum Republic. detrimento impediantur.

Cæterum etſi hæc ſententia videatur admodum eſſe fauorabilis ac humanitati admodum conueniens, vereor tamen vt ſubſiſtere non poſſit.

Regula ſiquidem eſt, quod res inquilini in prædium vrbanum inductæ locatori pro mercede obligentur *d. l. 4. 4. §. Item Seruiana*: Ab hac autem regula nuſpiam excipitur ſuppellex ſtudioſorum libraria: at quod nominatim atque expreſſe exceptum non repetitur, id ſub regula contineri intelligitur.

Accedit quod priuilegia, vtpote iura exorbitantia, non præſumantur, ſed probari debeant: proinde cum nullo textu iuris ſuppellex ſtudioſorum munita hoc priuilegio probetur, quod nempe tacite non obligetur domino muſæi in quod conductum à ſtudioſo fuit inducta, non præſumetur huiuſmodi priuilegium.

Nec obſtat primo *Authentica habita. C. Ne filius pro patre.* ſiquidem in ea nil quicquam continetur, quod huic ſententiæ patrocinari poſſit. Nec ſequitur ſtudioſi debent ſecure habitare eo in loco, in quo ſtudiorum cauſæ verſantur. Ergo ipſorũ ſuppellex non poteſt tacite pignori obligari: huc enim ſecuritas iſta minime ſpectat, ſed eò ſaltem pertinet, ne qua illis ab hominibus viliſſimis inferatur iniuria: at iniuria illis nulla infertur quando ex inductione ſuppellectilis res eorum tacite obligantur pignori, vt quod pignus ipſorum tacita voluntate conſtituitur: voléti autem nulla poteſt inferri iniuria.

Sic etiam non aduerſatur ſecundum: nam conceſſo eo, quod ſuppellex libraria non contineatur obligatione generali rerum: ponamus etiam quod expreſsũ in ea pignus locum non habeat (quod tamen ſecus ſeſe habere manifeſtiſſimum eſt) inde tamen non ſequitur quod tacitũ pignus non poſſit in ſuppellectile ſtudioſorum conſtitui: cum multa fieri permittantur tacite, quæ expreſſe fieri prohibentur, *l. Expreſſa de R. Iur.* ſed cum expreſſa voluntate & conſenſu poſſit obligari ſuppellex ſtudioſi, cur non idẽ tacita ipſius voluntate fieri poſſet, maximè cũ nulla lex, nulla Imperatoris conſtitutio obſtet quo minus id fieri queat.

Non aduerſatur deniq; quod inſtrumenta ruſtica non oppignerentur tacite ne quid detrimenti capiat Reſpublica. Reſp. Nam ex eo non ſequitur idẽ quoque obtinere in ſuppellectile libraria; cum priuilegia & iura exorbitantia ſtrictiſſime ſint intelligenda, nec egrediantur perſonas aut res, quibus ſunt conſtituta & indulta *§. ſed & quod principi. Inſt. de iur. natur. gent. & ciuil.* At, inquis, vbi eadẽ ratio, ibi quoque eadem eſt iuris diſpoſitio: atqui eadem eſt ratio inſtrumentorũ agriculturæ & ſuppellectilis librariæ, vt ex prędictis conſtat. Proinde eadem quoque in illis erit iuris diſpoſitio.

Sed axioma iſtud, vbi eadem ratio eſt, ibi quoque idem ius obtinet, non procedit in exorbitantibus ſingularibus & cõtra iuris communis regulas introductis: nam quæ contra rationem iuris cõmunis ſunt introducta & recepta, ea ne quidẽ ex identitate rationis ad conſequẽtiam porriguntur extenſionẽq, admittũt. *l. quod contra. ff. de R. Iur. l. quod vero. ff. de legib.* At quid de rebus minorum ſine curatoris conſenſu vel tutoris autoritate inductis, dicendum? Qu. 19.

An res minorum tacite obligetur pignori, ſi in prædiũ

Negat Autor noſter in illis pignus tacitum ſeu hypothecam conſtitui poſſe.

Fun

conductũ fuerint inducta? Fundamentum huius aſſertionis præcipuum in eo conſiſtit, quod manifeſti & expediti iuris ſit, quod minor, ne quidẽ ex contractu & conſenſu expreſſo obligetur ſine tutoris autoritate vel curatoris cõſẽſu *l. 3. C. de in integr. reſtit. in minor.* igitur multo minus ex conſenſu tacito, tacitaque conuentione obligari queat: cum maior videatur eſſe vis expreſſi, quã taciti.

Sed quominus ſubſcribam ſententiæ huic Autoris facit quod nulla lege, nulla Imperatoris conſtitutione res minorum ab hoc tacito pignore excipiantur: at quod exceptum non eſt, id ſub regula contineri intelligitur.

Idem quoque euincit *l. 3. §. 1. ff. de Reb. eor.* nam illic Vlpianus expreſſe conſtituit, vt iudiciale & prætorium pignus in rebus pupillaribus conſtitui poſſit, quia iſta pignora ſiue obligationes & alienationes non ex tutoris & curatoris voluntate fiant, ſed ex magiſtratus autoritate: proinde etiam in rebus minorum hoc tacitum pignus contrahitur, quoniam non deſcendit ex voluntate tutoris vel curatoris, ſed ex voluntate legis.

Quocirca cum hic diuerſa ſit ratio taciti & expreſſi pacti, non valet argumentum ab expreſſo ad tacitum deductum: vt taceam quod ſæpe quæ expreſſa non valent, tacite valere debeant, vide *d. c. 2. q 16.*

Vnde etiam non obſtant *l. 1. quæ res pignor. l. fin. C. de legit. tut. l. 20. C. de admin. tut.* quæ de expreſſa oppignoratione rerum minoris loquũtur, illáq; illicitã & prohibitã eſſe probãt, ꝙ ad propoſitum accõmodari non poſſe, modo oſtendimus.

Qu. 20. *An inducta in prædium ruſticũ tacite obligẽtur pignori?* Vtrum porro in rebus inductis & illatis in prædium ruſticum conſimiliter tacitum conſtituatur pignus, vt de rebus in prædium vrbanum inductis, hactenus dictum fuit? Scrupulo & controuerſia nõ caret.

Communis ferè eſt ſentẽtia interpp. quod inducta, inuecta & illata in prædiũ ruſticum conductum non obligẽtur niſi expreſſe de oppignerandis illis conuenerit: tum quod Neratiꝰ in *l. 4. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit.* aperte conſtituit differentiam inter inducta in prædium vrbanum & inducta in prædium ruſticum, ſicut illa tacite obligentur, hæc vero non item. Tum quod in prædiis ruſticis ſatis videatur cautũ locatori de mercede fructibus in prædio ruſtico natis, qui tacite ſunt ipſi pro mercede obligati *l. 7. pr. ff. in quib. cauſ. pign.* Tum denique quia in *l. 4. ff. de pact. & §. Item Seruiana Inſt. de act.* expreſſe ſtatuitur, in vrbanis habitationibꝰ locandis inuecta, illata pignori eſſe locatori etiam ſi nihil de eo cõuenerit: ex quo colligendum videtur, quod in inductis in prædium ruſticum contrarium obtineat, adeoque vt iſta oppignerentur, expreſſa conuentio requiratur.

Cæterum hæc ſententia ſuſtineri non poteſt: euidentiſſimis ſiquidem iuris fũdamentis demonſtrari poteſt inducta, inuecta & illata in prædium ruſticum non minus tacite pignori obligari atque inducta inuecta & illata in prædiũ vrbanum, ſi modo ſciente domino fuerint inducta, inuecta & illata.

Probat hoc *l. 5 ff. in quib. cauſ. pign* euincit idẽ *l. 5. C. de locato.* eodemq; facit *l. 7. pr. ff. in quib. cauſ.* & deniq; omnium euidẽtiſſime ſententiam hanc probat. *l. fin. C. eo l tit.*

Quæ iuris fundamenta, etſi diſſentiẽtes variis rationibus eludere conentur, ea tamen eius eſſe roboris, vt rationibus iſtis, quantumuis ſubtiliter excogitatis, ſubuerti nequaquam poſſint, ſolide demõſtraui in *d. tract. de pact. c. 2. q. 15.* vbi cõtrariis quoq; fundamentis ſatisfactũ eſt.

Qu. 21. *An redditio Chirographi tacitũ inducat pactũ?* Aliud taciti pacti de non petendo exemplum eſt cum debitori Chirographũ à creditore redditur, in quo ipſe ſolꝰ mihi obligatus erat: nam hoc ipſo inter creditorem & debitorẽ hic factũ intelligitur

tur ne creditor debitum petat, ſed vt remiſſum ſit creditori pign⁹. Paulus; *Et ideo* ait, *ſi debitori meo reddidero cautionem, videtur inter nos conueniſſe ne peterem: profuturamque ei conuentionis exceptionem placuit in l.2.§.1.ff.de pact.*

Idem quoq; confirmat *l.7. C. de remiſſ. pign.* vbi Impp. *Creditricē patrui tui ſub obligatione fundi, qui per Chirographum nexus pignori fuerat, iubentē eādem cautionē reddi, pignoris etiā ius remiſiſſe videri, manifeſtū eſt.*

Et ratio huius iſta eſt, quod qui Chirographum reddit nō modo de tabulis cogitat, ſed etiam de iure debiti, cuius probatio tabulis continetur *l.59. ff. de legat.1.* Igitur debiti ius remittere cenſetur, qui Chirographū reſtituit. Vide hāc quęſtionē plene enucleatā in *d tract. de pact. c.2. q.14*

Si Chirographū fuerit alicui redditū, in quo ipſe cui redditū eſt, & aliud ſimul obligabatur; ipſe quidem, cui Chirographum fuit redditum cenſetur debitū eſſe remiſſum; in perſonam vero alterius debitoris videtur illi tacite procurator conſtitutus is, qui Chirographum recepit; & ſane cum donatio nō ita facile pręſumatur, niſi cum alia quacunque deficiamur cōiectura, & alias actus eluſorius atque inutilis ſit futurus, ideo æquius videtur atq; benignius ita hoc factum interpretari, quaſi Titius exigendi nominis gratia procurator à creditore conſtitutus eſſet. Ita Duarenus in *d.l.2.§.1.ff.de pact.* ſed pro contraria opinione pugnāt Bart. Fulgoſius & Angelus.

Mouentur *l. ſi is qui duo. in fine. ff. de libert. legat.* & *l.1. C. de donat.* quo probari exiſtimant, quod in caſu propoſito, reddendo vni Chirographum cenſeatur creditor eum, cui reddidit liberaſſe, eidemque actionem contra alium debitorem donaſſe.

Sed vt recte notat Monachius, iſti textus ad rem nihil faciunt: nam in *d.l.ſi duos.* loquitur de liberatione duob⁹ ſociis debitoribus expreſſe legata, idcirco mirum non eſt ſi & illi, qui capax non eſt, legatū liberationis prodeſt, nec quicquā probat *d.l.1. C. de donat.* quia etſi ſub nomine inſtrumenti contineatur ius comprehēſum in illo inſtrumēto, non tamen probat quod creditor donare ei voluerit etiam alterius debitoris ius, cum noſtro in caſu regula iuris ſatis verificetur in remiſſione ius debitoris, cui traditum eſt ipſum inſtrumentum. At in caſu *d.l.1. C. de donat.* inutilis eſſet traditio inſtrumenti, niſi mancipia ea, de quibus *d.l.1.* loquitur, eſſent donata.

Proinde Duareni, Iaſonis & aliorum ſententiæ firmiter inhærēdum exiſtimo, ſi modo is, cui redditum eſt inſtrumentum, talis ſit perſona quæ procurator in iudicio conſtitui valeat: nam ſi aut miles ſit, aut mulier, aut minor, præſumptio ſupradicta deficit, idemq; obtinet ſi debitor ſit inops, creditor vero ſit locupletiſſimus: nam in his caſibus facile præſumitur donatio: vtpote cum nihil aliud occurrat, quod inter ipſos actū eſſe probabilius ſit.

Quod ſi creditor plura ſecum habuerit eiuſdem Chirographi exempla, tum, vno reddito, non protenus cenſebitur tacita pactione debitū remiſiſſe, niſi hoc actū inter debitorem & creditorē eſſet. Qu. 22. *Si creditor plura ſecum habuerit Chirographa, an vno reddito, pactum ſit initū de non petēdo?*

1. Quia cum alias eiuſdem cautionis tabulas domi ſe habere intelligeret, quibus æque intentionē ſuam probare poſſet, hac fiducia poteſt eas tabulas debitori ſuo reddidiſſe.

2. Facit deinde huc etiam *l. final. ff. de his quæ teſtam. del.* nam ibi dicitur ex pluribus eiuſdem teſtamenti tabulis, ſi quaſdam deleuerit teſtator, nō ſtatim irritum fieri teſtamentum cum ex cæteris quæ ſuperſunt, res geſta declaretur.

Non obſtat quod in contrarium obiicit Bartolus, quod vnum inſtrumentum ſit, licet pluribus exemplis deſcriptum *l. vnum is ff. de teſtament.* proinde inſtrumen-

mentum redditum ſit, quando vnum exemplar redditum eſt.

Recte enim Duarenus hoc argumentum in ipſum Bartolum retorquet, hoc modo: vnum eſt inſtrumentum: atqui à creditore id retentum eſt, non igitur id redditum dici debet. Deinde ait non ſimpliciter id verum eſſe, quod vnum ſit, non plura inſtrumenta: quia ſicut deſcriptis pluribus exemplis eiuſdem teſtamenti, vnum inſtrumentum dicitur, plura vero exempla, aut plures chartæ ſiue membranæ: ita quoque, in propoſito, vnus quidem eſt contractus, aut vna obligatio, ſed cautiones plures, aut plura inſtrumenta recte dici poſſunt.

Cæterum obſeruandum eſt, quod ſi quis Chirographum reddens dicit, ſe id donare ſeu legare, dubium nullum ſit, quin donatis vel legatis tabulis nomen ipſum ac debitum donatum legatumue ſit. Eadem ratio eſt venditionis *l. qui Chirographum. ff. de legat. 3. l. ſeruum. §. eum qui ff. de legat. 2. leg. 1. ff. quæ res pign. leg. 1. Codic. de donat.*

Sed vtrum quemadmodum, reddito Chirographo, debitum cenſetur remiſſum & pactum de non petendo factum, ita quoque pignore reddito, principalis obligatio extincta cenſeatur, quæſtio eſt?

Sed negat Modeſtinus *in l. 3. ff. de pact.* *poſtquam* inquiens *pignus vero debitori reddatur, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum peti poſſe dubium plane non eſt, niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur*: non igitur remiſſum intelligitur debitum principale reddito pignore. Nec obeſt exemplum chirographi redditi, nam Martinus & Iohannes, antiqui Gloſſatores, hanc diuerſitatis rationem aſſignant, quod chirographi redditi nulla omnino ſit vtilitas, niſi ad inducendam coniecturam perfectæ ſolutionis *l. 14. Codic. de ſolut. l. 59. de legat. 3. leg. 12. Codic. de probat.* pignoris vero multiplex poſſit eſſe vſus, ſiue ad vtendum, ſiue ad vendendum, ſiue ad alteri cuipiam obligandum, aut commodandum. Et ita quoque Hotomannus & Duaren. *in d. l. 3. de pact.*

Verum reiicit hanc rationem Cuiacius propterea quod ex reddita cautione aliæ multæ vtilitates fingi poſſint.

Proinde ipſe Cuiacius, eumque ſecutus Antonius Faber, hanc adducunt diuerſitatis rationem, quod chirographo contineatur principalis obligatio; pignus autem ſit obligatio acceſſoria, quemadmodum fideiuſſor; ideo ſicut, fideiuſſore liberato, nihilominus ſortis obligatio ſubſiſtit, ita pignore liberato, non ideo principalis obligatio ſit extincta: at reddito chirographo, principalis obligationis authoritas continetur, etiamſi de ea ſoluenda nullus tractatus habitus ſit, id tamen actum videatur vt ſoluatur obligatio principalis.

Sed Hotomanno diſplicet hæc diuerſitatis ratio, propterea quia chirographum neque ſit obligatio, neque obligationem contineat, alioquin amiſſo chirographo, etiam ipſa obligatio amiſſa diceretur contra *l. cum inſtrumentis 10. C. de fide inſtrum.* ſed chirographum nil aliud eſt, quam teſtimonium contractæ obligationis *d. l. 59. de legat. 3. l. 12. C. de probat.* Ipſe igitur Hotomannus, hac Cuiacii opinione reiecta, ſtatuit effectum chirographi & pignoris redditi diuerſum non eſſe, quia ſicut redditio chirographi extinguit cauſam chirographi h. e. obligationem perſonalem; ita redditio pignoris extinguit cauſam pignoris, h. e. obligationem realem: principalem vero obligationem non extinguit.

Veruntamen mihi, ſaluo aliorum iudicio, Cuiacii ratio probabilior videtur, cum manifeſtum ſit *in d. l. 2. & 3.* ICtos cõſtituere diuerſitatem pignoris & chirographi quoad principalem obligationem.

Non obſtante eo, quod contra Hotomannus obiicit: non enim ſequitur amiſſo inſtrumento non amittitur obligatio.

 Ergo

Ergo obligatio in inſtrumento non continetur. Quandoquidem in teſtamento vltima defuncti voluntas contineri dicitur; & tamen, amiſſo teſtamento, non protenus amittitur vltima teſtatoris voluntas.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

L.t.A. & B. PActum porro illud, quod eſt de non petendo, diuidet Iuriſconſultus Vlpianus in reale & perſonale. Reale appellat, quo quis generaliter, nulla expreſſa perſonæ mentione facta paciſcitur NE PETAT: perſonale vero quo quis paciſcitur NE A CERTA PERSONA, in pacto nominatim expreſſa, PETAT, veluti ne à Lucio Titio petat. *l.7.§.pactorum.ff. de pact.* vbi pactorum, inquit, quædam in rem ſunt, quædam in perſonam: in rem ſunt, quoties generaliter paciſcor ne petam: in perſonam, quotiens ne à perſona, hoc eſt, ne à Lucio Titio petam.

Vtrum vero inter hæc duo, pactum, inquam, in rem & in perſonam detur aliquod mixtum pactum, quod partim in rem ſit, partim in perſonam, valde ambigitur? Affirmat Fr. Hotomannus *lib.1.amic.reſp.29.* & in com. *ad d.l.7.§.pactorum. ff.de pact.*

Vt hoc affirmet, mouetur inprimis textu *in l.57.ff.de pact.* vbi Florentinus affirmat, quod pactum quoddã ſit ex altera parte in rem & ex altera in perſonam.

Sed mihi verior videtur Cuiacii ſententia, quæ etiam textu nititur perſpicuo *d.l.7.§.pactorum*, vbi in genere omne pactum de non petẽdo diuiditur in pactum reale & perſonale, mixti vero nulla penitus ſit mentio: at male & vitioſe, ſi mixtum aliquod eſt pactum.

Vt taceam quod pactum iſtud, quod mixtum vulgo appellitant, veluti ne ego petam, vel ne ab te petatur dicatur ad heredes tranſire ac heredibus prodeſſe. *l.57. de pact.* Huiuſmodi vero pactum eſt reale *l.40.ff.d.tit.*

Quapropter pactum illud, quod *in d.l. 57.* dicitur partim in rem, partim in perſonam eſſe, verborum duntaxat conceptione dicitur eſſe mixtum: reuera tamen in effectu eſt reale; vti etiam in rem eſſe expreſſe dicitur *in l.7.§.8.ff.de pact.* vide *in d. tract.c.2.q.vlt.*

Cæterum cum adiectio perſonæ non ſemper perſonale pactum faciat, vt quæ interdum eo ſpectet, vt appareat, cum quo pactum ſit initum; quæritur in dubio, vtrum potius perſonale præſumatur, an reale? Et verius mihi videtur, quod in dubio præſumatur in rem potius eſſe, quam in perſonam, & conſequenter niſi conſtet perſonale eſſe pactum aut euidenter id probetur, pactum heredibus quoque proderit, atque ita ſentiunt quoque Goedd. *de contrahend. & commit. ſtipul. cap.9.num.146.* Borcholt. *de pact.cap.2.diu.3. num. 22.* Duaren. *in d.l. 7.§. pactorum. ff. de pact.* Quæ ſententia confirmatur hac inprimis ratione, quod quiſque præſumatur ſibi atque heredibus ſuis cauere voluiſſe *l.9.ff.de probat. l. veteris. Cod. de contrah. & committ. ſtipulat.* At pactum, quod ad heredes tranſitorium eſt; quodque heredibus paciſcentis prodeſt, in rem eſt *l. 40. ff.de pact.* perſonale vero pactum ad heredes non tranſit *l. 25.pr.ff. de pact.* igitur in dubio pro reali potius, quam perſonali pacto præſumitur.

Qu. 23. An dubio præſumatur pactum eſſe reale, an perſonale.

2. Accedit quod & ſtipulatio præſumatur in dubio, potius in rem quam in perſonam *l. ſtipulatio iſta. 38. ff. de verb. obligat.* proinde & pactum in dubio pręſumetur potius reale, quam perſonale.

3. Poſtremo ſententia hæc diſerte quoque ab Vlpiano approbatur *in d.l 7.§. pactorum.ff.de pact.* vbi in hæc verba ſcribit: *Vtrum autem in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex mente conuenientium, quam ex verbis æſtimandum eſt: plerumque enim perſona pacto inſeritur, non vt perſonale*

Digitized by Google

nale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum ſit. Atqui in dubio præſumitur pro eo, quod fit plerunque & vt plurimum. Igitur in dubio præſumitur pactum reale potius, quam perſonale.

Nec refragatur quod obiicit Antonius Faber idcirco pactum in dubio præſumi perſonale, quia in dubio non poſſit aliunde melius perſpici voluntas, quam ex vi & proprietate verborũ *l. ille aut ille 25. §. 1 l 63. de legat. 3.* Cum vero in pacto certa perſona ſit expreſſa, cenſeatur hæc eſſe proprietas verborum, vt tantum perſona illa, quæ nominata eſt, pacto ſit comprehenſa: cæteræ vero perſonæ omnes ſint excluſæ, ac proinde pactum in dubio prǫſumatur perſonale, non reale.

Hoc non obſtat; quia verborum iſtorum in dubio hæc vis non eſt, vt pactum ad certam iſtam reſtringatur perſonam, ſed vt demonſtretur is, quo cum pactum eſt initum, prout ipſe Vlpianus *in d. l. 7. §. 8.* teſtatur.

Subiicit Autor pactum imitari ac ſequi naturam eius negocii cui adiectum eſt: tum quia alias acceſſorium ſequitur naturam ſui principalis *arg. §. ſi alienam 1. de Rer. diuiſ.* tum quia pactum appoſitum contractui, ſi in continenti id fiat, efficitur pars ipſius *l. 7. §. 5. de pact.* vbi dicitur ineſſe contractui, *l. 40. ff. de Reb credit.*

Nec obeſt quod pactum dicitur formam dare contractui *l. 7. §. 5. ff. de pact.* vt ita contractus potius ſequatur naturam contractus: nam pactum ita dat formam contractui, vt ſimul eiuſdem contractus pars conſtituatur & conſequenter contractus informati illius naturam ſequatur & imitetur.

Lit. C. Qu. 24. *Pactum perſonale an proſit emptori & donatario?*

Cæterum diuiſionis ſuperioris pacti in rem & in perſonam vſus in eo maxime conſpicitur, quod pactum perſonale ad heredes & ſucceſſores non tranſit: reale vero omnibus & quibuſuis ſucceſſoribus tam vniuerſalib. quam ſingularibus proſit: quam differentiam ſuggerit Iuriſconſultus Paulus *in l. 25. §. 1. ff. de pact. & l. 22. §. fin. ff. eod.*

Illud tamen certum eſt, pactum venditoris prodeſſe emptori & pactũ donatoris donatario, ſiue pactũ ſit in re, ſiue in perſonã: & de reali pacto textus expreſſus eſt *in l. 17. §. 5. ff. de pact.* vbi dicitur: *Pactum conuentum cum venditore factum, ſi in rem conſtituatur, ſecundum plurium ſententiam emptori prodeſt*: & ratio huius perſpicua eſt, hæc quod in rem pacta omnibus omnino proſint, quorum obligationem diſſolutam eſſe intereſt eius, qui paciſcebatur *d. l. 22. §. fin. ff. de pact.* Atqui venditoris & donatoris intereſt obligationem emptoris & donatarii eſſe diſſolutam, venditoris idcirco intereſt ne petatur ab emptore, ſed obligatio ipſius diſſoluatur, quia eo maiori precio rem ſuam vendat, & alias emptori aduerſus ipſum, re euicta, regreſſus competat: donatoris vero ideo intereſt pactum prodeſſe donatario, quia licet hic aduerſus donatarium nullum habeat regreſſum, re euicta, intereſt tamen eius liberalitatem ſuam exitum ſortiri, eo quod donatarium habeat ad remunerationem & gratitudinem obligatum *l. 25. §. conſuluit. Digeſt. de petit. heredit.* Et hæc de pacto reali minus habent dubii.

Sed vtrum perſonale quoque pactum, in perſonam paciſcentis expreſſe conceptum, ſingulari proſit ſucceſſori, ambigitur?

Et quidem prodeſſe donatario & emptori ſtatuit Author & communis eſt Dd. opinio, qua potiſſimum nititur *l. 17. §. 5. ff. de pact.* vbi hoc perſpicue affirmare videtur Paulus.

Sed mihi contraria opinio magis placet, tum quia pactum duorum neque prodeſt, neque nocet tertio *l. 27. §. 4. Digeſt. de tranſact.* tum quia regula eſt pactum perſonale ad alium non pertinere *l. 25. §. prim. Digeſt. de pact.* tum quia

Cęterum fideiuſſorispactum non prodeſt debitori, ſiue ſit in rem, ſiue in perſonam conceptam.

1. Quia liberato fideiuſſore non protenus liberatur debitor principalis.

2. Quia, liberato fideiuſſore, non intereſt fideiuſſoris liberatum quoq; eſſe principalem, quia non ſicut fideiuſſor habet regreſſum aduerſus debitorem: ita debitor, quando ſoluit habet regreſſum aduerſus fideiuſſorem, maxime iure hodierno, quo beneficium excuſſionis tributum eſt fideiuſſoribus ita vt non poſſint conueniri, priuſquam excuſſus fuerit debitor principalis: atqui pactum reale prodeſt ſaltem illis, quos liberari intereſt paciſcentis *l. 21. in fin. ff. de pac.*

3. Et hoc eſt quod expreſſe ſcribit Paulus in *l.23. Digeſt. de pact. Fideiuſſoris conuentio nihil proderit reo, quia nihil intereſt eius à debitore pecuniam non peti: Immo nec confideiuſſoribus proderit: neque enim quoquo modo cuiuſque intereſt, cum alio conuentio facta prodeſt; ſed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus eſt, proficiat; ſicut in reo promittendi & his, qui pro eo obligati ſunt.*

Et in *l. ſeq. 25. §. 2. Sed quamuis fideiuſſoris pactum reo non proſit: plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus ſcribit: videlicet ſi hoc actum ſit, ne à reo quoq; petatur.*

Quare certum & expeditum eſt, pactum debitoris prodeſſe fideiuſſori, ſed non viceuerſa pactum fideiuſſoris vtile eſſe debitori, ob rationem diuerſitatis ſupra aſſignatam.

Cæterum quod pactũ fideiuſſoris proſit quoq; debitori, videtur dicendum ex *l. 28. §. 1. ff. de iureiur.* vbi ſi fideiuſſor iurauerit nihil deberi, prodeſt hoc iuſiurandum etiam debitori ipſiq; liberationem parit: proinde idem quoque dicendum videtur de fideiuſſoris pacto. Sed reſpondet Cuiacius hoc ideo fieri, quia maior ſit vis religionis, quàm fidei datæ, cum iuſiurandũ loco ſolutionis habeatur: pactum non item.

Verum Antonius Faber in *rational. ad Pand. in dict. l. 23.* dicit aliam eſſe rationem iuriſiurandi, aliam verò pacti de non petendo, etiam in rem concepti, quia iuſiurandum cedit loco ſolutionis *l. 27. ff. de iureiur.* Vnde ſi iuratum eſt, de eoq; conſtat, non ſolum datur iuranti exceptio, ſed etiam denegatur actio actori *l. 9. pr. ff. de iureiur.* Et iuſiurandum eandem vim habet, quam res iudicata, imo maiorem vim *l. 2. ff. de iureiur.* & conſequenter pro veritate habetur *l. 208. de reg. iur.* Si itaq; fideiuſſor iurauerit nihil deberi, verũ eſt tam reum, quam fideiuſſorẽ nihil debere. Cum nec alia ratione contendat fideiuſſor ſe nihil debere, quam quod à reo ipſo nihil debeatur. At pactum de non petendo, quamuis in rem conceptum, nunquam afficit ſubſtantiam obligationis, ſed tantum exercitium aut potius efficaciam actionis, cuius tamen integrum ius relinquit: prodeſt igitur tantum ad hoc, vt actio per exceptionem elidatur, quia nimirũ ita fieri intereſt paciſcentis, qui nec aliam ob cauſam pactus fuit, quam vt eam exceptionẽ acquirendo, ſibi acquireret *l. 27. §. 1. ff. de pact.* atqui, vt dictum fuit, nihil intereſt ipſius fideiuſſoris liberari debitorem.

Sic etiam non obſtat *l. 13. §. 7. ff. de acceptilat.* vbi dicitur, quod acceptilatio fideiuſſoris proſit debitori eumque liberet. Reſp. Nam acceptilatione quoq; ipſo iure liberatur fideiuſſor, ita vt pro ſolutione habeatur, cum ſpecies ſolutionis ſit *tit. I. quib. mod. obligat ſolut.* & effectum ſolutionis habeat: ſolutione autem fideiuſſoris liberari debitorem certum eſt.

Etſi vero pactum fideiuſſoris non proſit debitori ad hoc, vt cõuentus à creditore poſſit ſe pacti iſtius exceptione tueri, hactenus tamen pactũ iſtud prodeſt debitori, vt ſe aduerſus creditorem doli exceptione tueri poſſit; dummodo hoc aperte fuerit actum in pactione iſta ne à reo quoque pe-

Digitized by Google

que petatur, *d.l.25.& 26.ff.de pact.* Sed contra textum hunc dilucidiſſimum inſurgit Anton. Faber *in ration ad d.l.26.* & contra probare nititur, quod debitori ne quidẽ doli exceptio competat ex pacto fideiuſſoris, quo expreſſe cautum eſt, ne à reo quoque petatur.

1. Quia per liberã perſonã, quæ in poteſtate noſtra nõ eſt, nec actio nec exceptio acquiri poteſt, quantumvis maxime interſit noſtra, niſi interſit principaliter eius, per quem acquirere volumus *l. 38. §. alteri ff. de verb. oblig.* Proinde cum fideiuſſoris non interſit debitorem defendi exceptione, conſequens eſt, quod nec exceptio doli per fideiuſſorem debitori acquiratur.

2. Quia exceptio doli tantundẽ prodeſſet debitori, quantum exceptio pacti: cum in effectu debitoris nil interſit qua exceptione ſubmoueatur actor, dũmodo ſubmoueatur. Vnde ſi exceptio pacti non datur debitori ex pacto fideiuſſoris, nec exceptio doli dabitur.

3. Quia ratio iſta Pauli, ob quam negat Paulus, pactum de nõ petendo fideiuſſoris prodeſſe debitori, eſt generale: hæc inquam, ratio, quia nihil interſit fideiuſſoris à debitore non peti *d. l. 21. §. fin. ff. de pact.*

4. Quia Paulus in *l.25.* non dicit, quod ex pacto fideiuſſoris reo non ſit danda exceptio pacti, ſed ſimpliciter negatur, ꝙ ſit danda exceptio, & dicitur pactum fideiuſſoris non prodeſſe principali reo: atqui non prodeſſe, & prodeſſe tamen pactum fideiuſſori, ſunt contraria, quæ ſimul conſiſtere non poſſunt. Sed hæc argumenta non ſunt eius ponderis & momenti, vt textum clariſſimum & evidentiſſimum eludere poſſint.

Etſi enim generalis ſit iuris regula, ꝙ per liberam perſonam nobis nulla actio aut exceptio acquiri poſſit *l.1.c. per quas perſonas d.l.38.§. alteri ff. de verb. oblig.* excipitur tamen exceptio doli quæ hoc loco tribuitur debitori ſeu reo principali, quia dolo malo facit creditor reum conueniens cõtra conuentionem: & quamuis exceptio pacti hoc loco reo non acquiratur; acquiritur tamen ei exceptio doli, vt quæ iis in caſibus locum habeat, quibus pacti exceptio deficit *l. reſcriptum. 10. §. vltim. l. ſi cum emptore 16. ff. de pact.*

Ad ſecundam rationem reſpondetur non ſequi, tantundem exceptio doli præſtat debitori, quantum exceptio pacti. Ergo cum exceptio pacti denegatur, tunc quoq; exceptio doli denegabitur, refellitur enim, & refringitur hæc illatio per *d. l. 16. §. vlt. & l. 16. hoc tit.*

Ad tertiam reſpondetur, regulam iſtã, quod quotiens paciſcentis non intereſt pactũ alii prodeſſe toties quoq; exceptio aliis denegetur, officium ſuum perdere in exceptione doli & intelligendam duntaxat eſſe de exceptione pacti conuenti: ſic vt quoad hanc pactum non proſit debitori cum alterius paciſcentis nihil intereſt.

Sic etiam in *d.l.25.* ſtatuit quidem Paulus, quod regula ſit, ex pacto fideiuſſoris non dari exceptionem, ſed ab hac regula expreſſe excipit doli exceptionem, quam vnico iſto caſu vult competere principali reo, quando hoc expreſſe actum eſt, ne à reo quoq; petatur. Atq; hic tenendũ eſt, illud, ꝙ alibi pro regula traditur, omnem definitionem periculoſam eſſe: atq; regulam, quantumuis generalem, officium ſuum perdere in caſibus exceptis.

RESOLVTIO THESIS QVINTÆ.

CVm quæritur de his qui paciſci poſſint hæc notanda & tenenda eſt regula: omnes paciſci & contrahere poſſe, qui expreſſe prohibiti non reperiuntur. *argum. l. 43. §. 1. ff. de procurator.* prohibentur autem natura illi, qui conſentire per naturam non poſſunt, quorumq; nullus intellectus eſt, nullus animi ſenſus, nullum iudicium. *Litera A.*

Digitized by Google

iudicium. Et ratio eſt, quod omnis pactio conſenſu conſtet ſitque, definiente ICto in *l. 1. de pact.* duorum pluriumve in idem placitum conſenſus.

Quæ.27 *An infantes paciſci poſſint?* Ex illorum numero ſunt primo infantes, de quibus ita Iuſtinianus ſcribit: *Sed quod diximus de pupillis* (quod videlicet ſtipulari poſſint) *vtique de iis verum eſt, qui habent aliquem intellectum: nam infans & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant*: & quod infantes intellectu deſtituantur, nec conſentire poſſint, ſatis euincit *§.18. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc. l. 12. ff. ad L. Corn. de ſicar.*

Quæ.28 *An furioſus paciſci poſſit?* Idemque dicendum de furioſo, quia nulla eſt ipſius volūtas, nulla mēs *§.... Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* nullus animi ſenſus *l. 22. §. 7. ff. ſolut. matrim.* Hinc etiam furioſi habentur loco abſentium, in iis ſcilicet, quæ animi requirunt præſentiam *l. 2. §. 3. ff. de iure codicil. l. 124. §. 1. ff. de reg. iur.* Et dormientium atque ignorantium loco habentur *l. 24. pr. ff. de oblig. & act. l. 1. §. 3. ff. de acquir. vel am. it. poſſ.*

Atqui pactum requirit vtriuſque paciſcentis conſenſum *l. 1. ff. de pact.* Quocirca cum furioſi non poſſint cōſentire, ſequitur, quod nec paciſci poſſint.

Cum autē furioſorum duo ſint genera, ita vt quidam perpetuo furore laborent, quidam verò habeant perſpicua furoris interualla *l. pen. C. de curat. furioſ.* obſeruandum eſt, quod illi demum, qui perpetuo & continuo furore laborant, paciſci nequeant: at illi qui habent furoris interualla, poſſint paciſci eo tempore, quo ipſorum furor remiſſus eſt, quoniam alia quæuis rectè peragere queunt, quæ conſenſum & animi iudicium deſiderāt: nam teſtamenta facere poſſunt aliiſve teſtamēta facientibus, teſtes eſſe *l. 9. C. qui teſt. fac. poſſ. l. 20. §. furioſi ff. eod §. 1. Inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* poſſunt denique quoſuis contractus inire *l. 2. C. de contrahend. empt.* vide quæ de hac quæſtione prolixius dicta ſunt in *d. tr. de pact. c. 3. q. 1.*

De ebrio paciſcente, vtrumne obligetur ex pacto, non conuenit inter iuris noſtri interpp. Quæ.29 *An ebrius paciſci & ex pacto obligari poſſit?*

Autor noſter indiſtinctè affirmat: alii diſtinguunt inter ebrium & ebrioſum, ſic vt ille non obligetur ex pacto: at hic obligetur; at ego indiſtinctè id negandum cenſeo, ſi modo ebrius quis ſit ad mentis alienationem: tum quia ebrius, qui ita, vt dixi ad mentis alienationem vſq; inebriatus eſt, conſentire non poteſt, nec intelligit quid agat, quidue dicat. Pactum vero conſenſum deſiderat: tum quia furioſo ebrius æquiparatur *c. 14. de vita clericorum. & ca. 8. cauſ. 15. q. 2.* At furioſus non paciſcitur, nec ex pacto obligatur. Igitur nec ebrius.

Nec puto hic admittendam eſſe Gailii & authoris noſtri diſtinctionem inter ebrium, qui non ex propoſito & de induſtria, ſed vini vi ignorata, ebriatus eſt; & ebrioſum qui ex conſuetudine & habitu ſciens prudēs inebriatur; vt ille quidē paciſci nequeat, hic vero ex pacto obligetur.

Nam hic ebrium ex pacto dicimus nō obligari propter defectum conſenſus: at ebrioſus non magis poteſt conſentire, q̃ ebrius, quin etiā ſimilior eſt furioſo, qui ob defectum conſenſus paciſci nequit.

Nec ad rem facit quicquam, quod dicit autor noſter neminem, rei illicitæ vacantem, ſua excuſari improbitate *l. 203. de reg. iur. l. 15. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.* ebrioſo autem patrocinaretur ipſius improbitas eumq; excuſaret, ſi propterea, quod ebrius fuerit pactus, non obligaretur.

Reſp. Nam committitur fallacia cauſę, quia non propterea furioſus ex pacto ſuo non obligatur, quia improbitas eius vllū ipſi patrociniū præſtare ac præbere debeat; ſed quia conſenſus, pacti pars ſubſtantialis, in ebrioſo deficit: improbitas vero & malitia eius adeo non debet ipſi patrocinari, vt etiam debitis ſit coercenda pœnis, vt mox dicetur.

An igitur ebrius, ſeu potius ebrioſus ex delicto

Quæ.30. An ebrius ex delicto obligetur.

delicto obligetur, quod in ebrietate commiſit, quæſtio eſt non perinde expedita? Autor noſter & hic cum Gailio diſtinguit inter ebrium & ebrioſum, quaſi hic obligetur ex delicto & pœna ordinaria afficiatur: ille vero non item.

Sed ego ita ſtatuendum exiſtimo, ebrium, vel etiam ebrioſum, ſi ad inſaniam vſque & mentis alienationem ſe inebrians deliquerit, ordinaria pœna non teneri.

Vt ita ſtatuã ac ſentiam, mouet me imprimis quod ad omne delictũ animus ac propoſitum delinquẽdi requiratur, adeo vt ex animo delinquendi delictũ æſtimetur, & animus delicta diſtinguat *l. 53. pr. ff. de furt.* nec ſine conſilio delinquendi delictũ cõmiſſum intelligatur *l. 5. C de iniur.*

Atqui in ebrio deficit anim⁹ delinquẽdi *l. 11. §. 2.* vbi ebrius dicitur nõ propoſito, ſed impetu delinquere. Quare ebrius propriè non delinquit, ac conſequenter non poteſt pœna delicti ordinaria affici.

2. Et hoc eſt, quod in *d. Can. 8. cauſ. 15. q. 2.* D. Ambroſius ſcribit: *Sane diſcimus vitandam ebrietatem, per quam crimina cauere non poſſumus. Nam quæ ſobrii cauemus, per ebrietatem ignorantes committimus. Neſciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, iacent ſepulti; ideoque ſi qua per vinum delinquerint apud ſapientes iudices venia quidem facta donantur, ſed leuitatis damnantur authores.*

Hic expreſſe ſtatuit D. Ambroſius eos, qui vino inebriati peccauerint, à pœna delicti abſoluendos, ſed propter leuitaté, quia ſe ad inſaniam vſq; ad dementiam inebriarint, eſſe puniendos.

3. Mouet me inſuper, quod furioſus delinquẽs non puniatur pœna delicti admiſſi *l. 12 ff. ad L. Corn. de ſicar. l. 14. ff. de offic. proconſ. l. 5. §. 2. ff. ad L. Aquil l. 3. §. 1. ff. de iniur. l. 13. §. 1. ff. de offic. præſid. & dixi in tract. de pact. c. 3. quæſt. 2.* Atqui furioſo comparatur ebrioſus etiam in delictis *cap. 14. de vita cleric. d. can. 8.*

4. Confirmat inſuper hanc ſententiam *l. omne delictum § 7. ff. de re milit.* cuius hæc ſunt verba: *Per vinum, aut laſciuiam lapſis capitalis pœna remittenda eſt.*

5. Deniq; comprobat noſtram ſententiam *l. vnic. C. ſi quis Imperat. maledix.* in qua is, qui ex temulentia Imperatori maledixerit, à pœna abſoluitur.

Non facit ad rem quod qui ebrius delinquit bis videatur peccare, primo quod ſe inebriat, deinde quod aliud inſuper flagitium admittit, & ideo grauiorem pœnã promereatur, quã qui ſobrius delinquit.

Reſp. Ebrietatem & leuitaté in ipſo puniendam ipſi fatemur, ſed alterum, quod ex ebrietate ſine propoſito delinquendi perpetrauit, ordinaria pœna vindicandũ non eſt *d. can. 8. cauſ. 15. q. 2.* ob rationes prædictas. Et ſane grauius peccat, qui ex propoſito & animo deliberato flagitium aliquod cõmittit, quam qui ſine propoſito & animo delinquẽdi aliquid deſignat: vnde qui ſobrius delinquit grauius delinquere merito dicetur, quã qui delinquit ebrius. Obſeruandũ tamen eſt, ꝙ ſi is, qui ebrius deliquerat, poſtea ſobrius factus, glorietur ſe iſtud facinus perpetraſſe, ordinaria pœna teneatur, propterea quod iactatio iſta efficiat, vt ratũ habere videatur, quod malè egit. Sicut & tunc ordinaria pœna punitur quãdo ad hoc ſe inebriavit, vt audacius delinqueret. Menoch. *arbitr. iud. quæſt. caſ. 326.*

Etſi porro verum ſit quod dicit author noſter, delicta quædam eſſe naturalia & iuris gentium, quædam ciuilia, atq; magiſtratum ex delicto iure gentium non capitali, facere poſſe capitale, ſed id Reip. exigat vtilitas *l. aut facta. §. fin. ff. de pœnis*: non tamen concedo vlla lege, cõſtitutione vel ſtatuto homicidium, ab ebriis cõmiſſum, fieri poſſe capitale, propterea quod naturæ & rectæ rationi, vt & æquitati plane aduerſetur, eum vltimo ſupplicio & capitali pœna affici, qui citra propoſitum dequit, ſolo impetu quodam, quiq; maleficium committendi propoſitum nullũ habuit. Atqui propoſitum animumq; delinquendi

quendi in ebrio, ad inſaniam vſq; inebriato, deficere ſupra oſtenſum fuit: diſtinctio itaque ſuperior per ſe quidem vera eſt, ſed ad propoſitum male accommodatur.

Litera B. Lege porro prohibentur paciſci impuberes ſine tutorum auctoritate; minores ſine conſenſu curatorum; & deniq; prodigi quibus bonis interdictũ eſt citra curatorum aſſenſum: de quibus, etſi prolixe in tractat. noſtro de pactis dixerimus, quia tamẽ ſæpius in hoc opere quæſtiones iſtæ de pupillorum, minorũ & prodigorũ pactionibus & contractibus recurrunt & repetuntur, operæ precium eſſe duximus eas nõ remiſſiue, ſed ex profeſſo tractare.

Quæ. 31. *An impuberes obligentur ſine autoritate tutorum?* Quod igitur primo attinet ad impuberes, ſeu pupillos, qui fari poſſunt, de iis hæc regula traditur, quod omnia tutore autore agere poſſint *l. 5. de reg. iur.* quo tacite ſignificatur, ſine tutoris autoritate eum non omnia negotia gerere poſſe: & ſanè ita etiam eſt: ſunt n. negotia triplicis generis: ex quibuſdam pupillus conditionẽ ſuã nõ poteſt non meliorẽ reddere, vt ſi quid ipſi pure donetur, ſi quid ab alio ipſe ſtipuletur: & huiuſmodi negotia peragi etiam ſine tutore poſſunt, quia pupillus meliorẽ quidẽ conditionem ſuã, etiam ſine tutoris authoritate facere poteſt, *princ. Inſtit. de auct. tut.* Quædam vero negotia eius ſunt generis, vt ex illis nunquam pupillus locupletior; ſed ſemper pauperior reddatur, vt ſi ipſe ſtipulando pure aliis promittat. *dict. pr.* talia negotia non poteſt gerere pupillus ſine tutoris autoritate, quia meliorem quidẽ conditionem ſuam ſine tutore facere poteſt pupillus; deteriorẽ vero non item, *d. pr.* Quædam deniq; negotia intermedia ſunt, ex quibus fieri poteſt, vt locupletior reddatur pupillus, fieri etiã poteſt, vt reddatur pauperior. Hæc quoque perficere abſque tutore pupillus non poteſt, *d. pr. verſ. vnde in his. Inſtitut. de auctor. tut.* Vnde etiam contractus vltrò citroq; obligatorios non poteſt, niſi tutoris adhibita authoritate, inire *dict. princ. verſ. vnde in his.* Quare eadem ratione nec paciſci, nec paciſcendo obligari poterit. Quid tamen ſi citra tutoris authoritatem contraxerit aut pactus fuerit, anne obligabitur? variæ ſunt ac propè infinitæ interpp. ſententiæ: Primò enim Coraſius *lib. 6. miſcell. c. 22.* ita diſtinguit, vt pupillus locupletior non factus, ex pacto & contractu, quem ſine tutoris authoritate iniit, obligetur quidem naturaliter, ſed nõ iure naturali: inter hæc quippe duo obligari naturaliter & obligari iure naturali plurimũ intereſſe exiſtimat: quoniam debere iure naturæ, ſiue iure naturali obligari, is demum rectè dicitur, qui aliquo iure gentium cogi poteſt, *l. cum amplius. §. is natura. ff. de reg. iur.* cum iuris verbum vim quandam habeat cogendi & iuſſum contineat, atque hæc verba *iure naturali* & *natura debere* effectum aliquem exactionis aut retentionis ex iure ſaltem gentium demonſtrent *d. l. cum amplius. §. is natura.* Quocirca per hanc diſtinctionem exiſtimat Coraſius omnes leges ad ſpeciem diſcordantes, ſic in concordiam reduci poſſe, vt illę, in quibus dicitur, pupillum non factum locupletiorem obligari, ita exaudiantur, vt naturaliter obligetur, non vero iure naturæ. Reliquæ verò, in quibus dicitur pupillum non obligari ſic accipiantur, quod non obligetur iure naturæ.

Verum diſtinctio hæc quamuis prima fronte admodum videatur ſubtilis, vix tamen ac ne vix quidem defendi ac ſuſtineri poteſt. Tum quod ſicut ciuiliter debere & iure ciuili obligatũ eſſe, ſinonyma ſunt, ita quoque æquivalentia ſunt, naturaliter obligari & iure naturali obligari: tum quod ſicut ciuiliter quis obligatus eſſe non poteſt, niſi obligatus ſit iure ciuili, ex natura coniugatorum; ita quoq; naturaliter obligatus nemo eſſe poteſt, niſi & iure naturæ ſit obligatus. Tum quod omnis obligatio ſit iuris vinculum. *princ. Inſtit. de oblig.* ac proinde & naturaliter debere ſeu obligari ius aliquod præſupponat ac conſe-

quenter falſum ſit, quod Coraſius docet, obligationem qua quis naturaliter obligatur, omni iure deſtitui, tum denique quod obligatio naturalis, ex iure naturali & gentium deſcendens, confundatur cum ea obligatione qua quis naturaliter obligari dicitur; adeoque in iure idem ſignificent, naturaliter obligari & obligari iure naturali §. *1. Inſt. de fideiuſſ. leg. 13. & leg. 64. Digeſt. de condict.* nam ſeruus, qui in *d. l. 13.* dicitur naturaliter obligari in *leg. 64.* dicitur obligari iure naturali.

Secunda opinio eſt Æguinarij Baronis, qui diſtinguit inter obligationem mere naturalem & inter obligationem quæ ſimul iuris ſit gentium: vt prior pupillus obligetur, de eaque vniuerſæ leges, quibus dicitur pupillum, ſine tutoris authoritate contrahentem, obligari, exaudiantur: poſteriori vero pupillus non obligetur, de qua illæ intelligantur leges, quibus negatur, pupillum non adhibita tutoris authoritate, contrahentem obligari. Sed & hæc opinio à plerisque reiicitur; nec immerito, 1. Quia obligatio naturalis eadem eſt quæ iurisgentium *l. 84. &* §. *1. de R. Iur.* vbi Paulus: *is natura debet, quem iuregentium dare oportet.* 2. Quia & ius naturale idem quod ius gentium, §. *ſingulor. Inſtit. de rer. diuiſ.* §. *vendit. eod.* 3. Quia multis in legibus dicitur pupillum obligari naturaliter, ſiue iure naturæ, vt in *l. 1. de Nouat. l. 25 ff. quando dies legat. cedat*, quibus è diametro contraria foret hæc Baronis diſtinctio, qua dicit pupillum obligari iure gentium.

Tertia opinio eſt Bolognini in *rubric. ff. ſi cert. pet.* vbi diſtinguit inter mutuum ac cæteros contractus, vt ex mutuo quidem non obligetur pupillus, ſine tutoris authoritate contrahens; ex cæteris verò contractibus obligetur. Cæterum diſplicet hæc quoq; opinio. 1. Quia ratio nulla dari poteſt, cur ex mutuo non obligetur, ex cæteris vero contractibus obligetur.

2. Quia eadem ratio in cæteris obtinet cõtractib. quæ in mutuo: ex mutuo enim idcirco pupillus non obligatur, quia ei bonorum adminiſtratio adempta eademque tutori demandata eſt; adminiſtrationis vero pars quædam eſt mutuam accipere pecuniam. Deinde quia pupillus nõ poteſt ſuam conditionem ſine tutore reddere deteriorem: at pupillus mutuam accipiens pecuniam, conditionem ſuam exinde deteriorem redderet. Has autem rationes in reliquis quoque contractibus peræque obtinere, quis non animaduertit? Nã & illi ad bonorum adminiſtrationem pertinent, vt paulo infra prolixius demonſtrabitur: ex iiſdemque conditionem ſuam reddere poſſunt deteriorem *prin. Inſt. de auct. tut.* 3. Quia ex aliis quoque contractibus, quos pupillus inconſulto tutore inierit, non obligari diſerte ſcribit Iuſtin. *in d pr. Inſtit. de auct. tut.* Et Iurisconſultus in *l. quod pub. 41. ff. de condict. indeb.*

Quarta opinio eſt illorum qui tradunt, pupillum locupletiorem non factũ obligari naturaliter: factum vero locupletiorem ciuiliter: rationes vero illorum hæ ſunt 1. Quia in *l. 21. princip. ff. ad leg. Falcidiam. l. 1. ff. de nov. l. 44. Digeſt. de ſol. leg. final. prin. ff. de iureiur. l. 64. ff. ad SC. Trebell. l. 35. ff. de recept. qui arbitr. leg. 43. Digeſt. de obligat. & action. leg. 3.* §. *4. ff. de negot. geſt. leg. 19.* §. *4. Digeſt. de don.* & aliis infinitis, indiſtincte ac generaliter dicitur: pupillum, ſine tutoris authoritate contrahentem, obligari; quocirca ſiue locupletior factus ſit pupillus, ſiue non, obligabitur naturaliter. 2. Quia in *leg. 25.* §. *4. ff. quando dies leg. ced.* ICtus diſertis verbis ſcribit; pupillum, qui ſine tutoris authoritate nummos acceperit, nec factus fuerit locupletior, obligari naturaliter 3. Quia in *l. 127. de V. oblig.* pupillus non erat factus locupletior, quia ſtipulatione proponitur promiſiſſe & tamen fideiuſſor eius obligatur: at vero nõ obligare-

gare-

Digitized by Google

garetur, niſi & ipſe pupillus obligatus eſſet, cum obligatio fideiuſſoris ſemper aliquam, & vel naturalem obligationé præſupponat: nec fideiuſſor obligetur, niſi principalis pro quo interceſſit, obligatus ſit, *l. 8. §. 1. & 2 ff. de fideiuſſ. §. 1. Inſt. eod.*

4. Quia in *l 95. ff. de ſol.* heres pupilli non locupletioris ex contractu ſuo redditi, naturaliter obligatur. At non obligaretur, niſi & ipſe pupillus fuiſſet obligatus: cum heres in ius & locum defuncti ſuccedens, eiuſque perſonam repræſentans, non obligetur, niſi defunctus prius fuerit obligatus, *argum. §. 2. Inſt. de hered. Inſtit.*

5. Quia nouatio non fit, niſi obligatio poſterior firmiter teneat §. *præterea. Inſtitut. quibus mod. oblig. toll.* atqui nouatio fit, cum pupillus ſine tutoris authoritate contraxit *d. §. præterea.* Vnde ſequi videtur, pupillum ſine tutoris authoritate contrahentem, quantumvis locupletior factus non ſit, obligari naturaliter. Ex his itaque fundamentis & iuris textibus dicendum ac concludendum videtur, pupillum ſine tutore contrahentem, licet non ſit factus locupletior, obligari naturaliter.

Verum enim vero & hæc opinio non iniuria reiicitur 1. Quia pupillus eatenus ſolum obligari dicitur naturaliter, quatenus factus eſt locupletior *l. 5. princ. & §. 1. Digeſt. de auct. tut.* 2. Quia ſi non ſit factus locupletior, dicitur ſtipulatio pupilli, qua inconſulto tutore promiſit, inutilis, item ex ſtipulatione iſta obligationem eſſe nullam, §. *præterea. 3. Inſtitut. quibus modis obligatio tollitur.*

3. Quia ex contractibus, è quibus conditionem ſuam poteſt reddere deteriorem, quales ſunt vltro citroque obligatorii, negatur pupillus obligari, licet alter, qui cum pupillo contraxit, obligetur pupillo, *princ. Inſtitut. de auct. tut.* Quia cum contrahere & obligari ſit pars adminiſtrationis bonorum; adminiſtratio verò bonorum ſit pupillo adempta & tutori commiſſa; ſequitur pupillum, ſine authoritate tutoris contrahentem, ex contractu non obligari. Nec pro contraria opinione faciunt modo adducta fundamenta: non primum; quia licet plurimis in locis dicatur, pupillum ſine tutore contrahentem, obligari: id tamen neceſſariò de eo caſu accipiendum eſt, quo ex contractu ſuo pupillus locupletior eſt factus. Quod, etſi in iſtis locis non exprimatur, tamen id ex aliis legibus, in quibus diſerte exprimitur, ſumendum eſt. Nec enim infrequens, ſed vſitatiſſimum eſt, vt quod vni legi deeſt, ex alia ſuppleatur; vnde etiam inciuile dicitur de toto iure reſpondere, vel iudicare velle, vna duntaxat particula eius inſpecta. Et in toto iure generi per ſpeciem derogatur, atque textus generaliter & indiſtinctè loquentes, reſtringuntur & diſtinguuntur ex textu ſpeciali & diſtinguente *l. in toto. Digeſt. de regul. iuris.* Accedit huic quod in dubio præſumatur locupletior potius, quam pauperior factus: ac proinde in adductis legibus, iuxta hanc præſumptionem, præſupponi debeat, pupillum locupletiorem factum eſſe *l. 47. §. 1. Digeſt. de ſol.* Ad ſecundum reſpond. lectionem *dict. l. 25. §. 2. Digeſt. quando dies legat. cedat.* non eſſe certam, nec conſtantem, ſed aliam in pandectis Florentinis haberi; aliam in vulgaribus exemplaribus: in pandectis enim Florentinis particula iſta *Nec*, quæ etiam in editione Gotofredi ſemicirculis includitur, deſideratur: quare ex hoc ambiguo textu nihil contra noſtram ſententiam concludi poteſt. Sed cum & alias lectio Florentina cæteris correctior ſit & purior, ac præterea non ſolum aliis textibus expreſſis, modò à nobis adductis; ſed & rationi iuris & æquitati per omnia conueniat, idcirco eam vulgarium exemplariũ lectioni anteferendam putamus. Nec obſtat ꝙ regerit Goedd. Quod ſi lectio iſthæc admitteretur, conſequens foret, pupillũ locu-

Digitized by Google

pletiorem factum obligari ſaltem naturaliter, non etiam ciuiliter, quod tamen videatur abſurdum; cum locupletior factus actione conueniri poſſit, actio autem nõ ex naturali, ſed ciuili obligatione naſcatur.

Reſp. etenim abſurdum non putamus, pupillum locupletiorem factum naturaliter ſaltem & non ciuiliter obligari, cum hoc expreſſe ICtus aſſerat *in l. 5. pr. & §. 1. ff. de auct. tut.* & nos paulo poſt prolixius demonſtrabimus.

Reſp. *Ad d. l. 127. de V. O.* nõ ſequi; promiſit, ergo factus eſt pauperior, cũ fieri poſſit vt promittendo quoque pupillus conditionem ſuam reddat meliorem; ſi nempe ſub conditione & non pure promittat, aut ob cauſam, quo nempe ſtipulator pupillo viciſſim aliquid det, vel faciat. Deinde Reſp. quod pupillus, niſi locupletior factus, non obligatur, id ex priuilegio ſingulari ac ſpeciali deſcendere, ac perſonæ pupilli tributum eſſe, ne ſcilicet deterior ipſius reddatur conditio: vnde *in l. 29. ff. de condict. indebit.* ait Vlpianus perſonam pupilli locum facere conditioni indebiti, ſi citra tutoris auctoritatem contraxerit: adeoque quæ repetitio aliâs locum non haberet, obſtante obligatione naturali, ea propter perſonam pupilli locum obtineat: at vero beneficia & iura perſonalia perſonam non exeunt, nec fideiuſſoribus proſunt: nec obſtat quod fideiuſſor non obligetur, cum non eſt obligatus principalis. Reſp. Nam pupilli obligatio hic non tollitur; ſed pupillus ſalua manente obligatione per priuilegium ſaltem eximitur; & in ſumma pupillus obligatur: & non obligatur: non obligatur ratione ſuæ perſonæ atque hactenus vt ipſi obligatio noceat; id quod per ſpeciale ac perſonale conſequitur priuilegium: obligatur vero reſpectu aliorum, vtpote fideiuſſorum, heredum & priorum debitorum, quorum ipſe nouando in ſe obligationem recipit, ſicut ipſi teneantur, ipſis noceat obligatio, nec perſonale iſtud[d] priuilegium proſit. Verum de hoc paulo infra plura.

Idem ad quartum & quintum reſpondendum eſt: heredes enim pupilli non locupletioris facti, obligantur *dict. l. 95.* & nouanti obligationem obeſt poſterior pupilli obligatio, quia beneficium perſonale, quo pupilli ſoluuntur obligatione, ad heredes, & creditores non tranſit, nec illis prodeſt, nec pupilli perſonam exit.

Quinta opinio eſt illorum, qui exiſtimant, infantem & pupillum infantiæ proximum non obligari naturaliter, ſiue facti fuerint locupletiores, ſiue non, de illiſque exaudiendos eſſe textus illos, in quibus negatur, pupillum citra tutoris authoritatem contrahentem obligari: at pupillum proximum pubertati obligari naturaliter, de quo etiã illæ ſint accipiendæ leges, in quibus aſſeritur pupillum inconſulto tutore contrahentem obligari, cæterum nec hæc opinio recipi poteſt.

1. Quia textus illi, in quibus dicitur pupillum obligari, in genere de pupillo loquuntur; textus autem generaliter loquentes generaliter accipi debent: & quicquid affirmatur de genere, id etiã de ſingulis atque vniuerſis ſpeciebus, generi iſti ſubiectis, affirmari intelligitur. Sic quoque textus illi, in quibus dicitur pupillũ nõ obligari, de pupillo in genere loquuntur. Quare cũ & infãs & infãtiæ proximus ſint pupilli, nõ minus, atque ille, qui pubertati eſt proximus, cõſequẽs eſt, de iis quoq; prædictos textus intelligendos eſſe. 2. Quia æquitati repugnat infantẽ & proximum infantiæ locupletiores factos non obligari, atq; ita locupletari illos cum detrimento eius, quo cum contraxerunt, contra, *l. 206. de reg. iur.*

Quia deniq; rationi repugnat proximũ pubertati indiſtincte atque tunc etiam obligari, cum non eſt ex contractu locupletior factus, prout nũc demonſtrabitur.

His

His itaque opinionibus interpretum reiectis, exiſtimo ſic in præſenti quæſtione omnino ſtatuendum eſſe.

1. Pupillum, cuiuſcunque tandem ſit ætatis, non locupletiorem factum, plane non obligari, nec vllo iure teneri. 1. Quia id expreſſe aſſerit Iuſtinianus *in pr. Inſt. de auct. tut.* & Gaius *in l. 9. pr. ff. eod. tit.* Idemque Vlpian. *in l. 1. §. final. ff. commodat.* Nec non Licinius Rufinus *in l. 59. ff. de oblig. & action.* itemque Iuſtin. *in §. præterea. 3. Inſt. quib. mod. oblig. toll.* 2. Quia Vlpianus *in l. 1. pr. ff. de auctor. tut.* expreſſe dicit, pupillum ſine tutoris autoritate contrahentem, hactenus ſolum obligari, quatenus locupletior ſit factus. 3. Quia Neratius *in l. 41. ff. de condict. indeb.* ait, quod pupillus, ſine tutoris authoritate ſtipulanti promiſerit & ſoluerit, eius repetitionem eſſe, quia nec natura debeat. 4. Quia quicunque non poſſunt bona ſua adminiſtrare, illi non poſſunt de illis contrahere, ſeque contrahendo obligare: quoniam dubium plane nullum eſt, quin ius obligandi pars ſit bonorum adminiſtrationis ac bonorum adminiſtratione contineatur, *l. 20. & 49. de verbor. ſignific. l. 33. §. 1. & tot. titul. Cod. de his qui ven. ætat.* Atqui pupilli non poſſunt res ſuas adminiſtrare, ſed adminiſtratio eſt penes tutorem, qui licet primo ac principaliter perſonæ pupilli ſit datus, per conſequens tamen & rebus pupillaribus adminiſtrandis cenſetur præfectus, vt arguit *tot. tit. ff. de admin. tut. & tit. de reb. eorum qui ſub tut.*

Deinceps & ſecundo exiſtimo, pupillum ex contractu non locupletiorem factum, non quidem obligari ratione ſuæ perſonæ, & ſic vt ipſi noceat obligatio, obligari tamen ratione aliorum, veluti fideiuſſorum, hæredum & illorum debitorum, quorum ipſe obligationem ſuſcipit.

Id quod hinc confirmatur. Quod Iuriſconſultus *in l. 29. ff. de condict. indeb.* ſatis perſpicue ſignificet, perſonæ ipſius pupilli hoc tribui, vt quod ipſe ſine tutore promiſerit ac ſoluerit, repetere tanquam indebitum poſſit: cui conſequens eſt, perſonale eſſe priuilegium ac beneficium, quod pupillus non obligatur, locupletior non factus: idcirco enim pupillo, eius quod ſoluit, repetitio ac condictio conceditur, quia natura non eſt obligatus, *l. 41. ff. eod. de condict. indeb.* Quare cum ex priuilegio ſpeciali ac perſonali pupillus non locupletior factus, non obligetur, ideo beneficium hoc ad fideiuſſores *in l. 127. de verb. obligat.* ad heredes *in l. 95. §. 2. ff. de ſolut.* & deniq; ad obligationem nouantes & in pupilli perſonam transfundentes *in d. §. præterea 3. Inſtit. quib. mod. oblig. toll.* non tranſit, cum priuilegia perſonalia perſonam exire non ſoleant, eorum quibus conceſſa & indulta ſunt.

Nec obſtat huic, quod abſurdum ſit, obligationem hoc caſu in perſona pupilli eſſe & tamen eſſe eam reſpectu pupilli ſine effectu, quia hoc perinde ſit, ac ſi cauſa ex qua neceſſario effectus ſequitur, poneretur ſine effectu: cum tamen poſita cauſa, ponatur neceſſario effectus: vt proinde ſi obligatio in pupillo conſiſtat, etiam effectum ſuum neceſſario habeat, eumque talem, qualis eſt ipſa obligatio.

Reſpond. Hoc, inquam, non obſtat: poſita enim cauſa, ponitur effectus, niſi extrinſecus fuerit cauſa impedita effectũ producere. Iam in propoſito obligatio per priuilegium, perſonæ pupilli indultum, impeditur producere in perſona pupilli effectus. Nec tamen interim obligatio iſta plane otioſa eſt & inutilis. Nam vt nunc dicebatur, quamuis in pupilli perſona ſit inefficax & otioſa, reſpectu tamen aliorum non eſt ſine effectu, vt patet ex *d. l. 127. §. 2. & §. 3. Inſtitut. quib. mod. oblig. toll.*

Non aduerſatur etiam, quod ſicut pupillus authoritate tutoris contrahendo ciuiliter obligatus, actione conuenitur, eaque ciuilis obligatio in perſona pupilli effectus habeat ciuiles; ita obligatio na-

turalis, ſi abſque tutoris authoritate contraxerit, in perſona pupilli effectus debeat habere naturales.

Reſpond. Eſt enim Elenchus comparatorum: cum diuerſiſſima ſit vtriuſque comparati ratio: obligatio quippe ciuilis legitime ac iure contracta eſt, ideoque merito pupillum efficaciter obſtringit: obligatio vero naturalis ſine tutoris autoritate, quoad ipſum pupillum non eſt contracta legitime: cum expreſſe prohibeantur pupilli ſine tutorum authoritate contrahere, *d. princ. Inſtitut. de auct. tut. & l. 9. eod.*

Non aduerſatur, quod, liberatis reis ac debitoribus principalibus, acceſſiones quoque liberentur, *l. 43. ff. de ſolut.* Atque ideo ſi obligatio non teneat pupillum, nec acceſſiones, vt fideiuſſores, obligare queat.

Reſpond. Primo enim *d. l. 43.* procedit & vera eſt, quotiens iure communi liberati ſunt principales debitores: non etiam cum iure ſingulari ac perſonali priuilegio obligatione non tenentur; vt hic de pupillo ſupra fuit oſtenſum, *arg. §. ſed & quod principi. Inſtit. de iure natur. gent. & Ciuil.* Deinde procedit ſuperius axioma, cum obligatio principalis eſt ſublata & extincta: non etiam cum in perſona principalis debitoris ſubſiſtit; ſed effectus duntaxat ipſius extrinſecus impeditur, id quod in pupilli obligatione accidere itidem ſupra oſtendimus. Nec ad rem facit quod aiunt *in d. l. 127. de verb. obligat.* fideiuſſores non idcirco obligari, quia obligatus fuerit pupillus: ſed ideo potius, quia imputari poſſit fideiuſſoribus, quod pro pupillo ſine tutoris authoritate contrahente, fideiuſſerint.

Reſpond. Nam ſi obligatio pupilli penitus nulla eſt, qui poterunt fideiuſſores teneri? cum fideiuſſoria obligatio, vtpote acceſſoria, ſine principali nullo modo ſubſiſtere queat, *§. 1. Inſt. de fideiuſſ. & l. 8. §. 1. & 2. ff. eod.*

Tertio, ſi pupillus ſine tutoris authoritate contrahens ex contractu fuerit factus locupletior, tunc demum efficaciter eum obligari exiſtimo.

1. Quia id expreſſis verbis Vlpianus aſſerit *in l. 5. princ. ff. de auctor. tut. Pupillus,* inquiens, *obligari tutori, eo auctore non poteſt: plane ſi plures ſint tutores, quorum vnius authoritas ſufficit, dicendum eſt, altero authore, pupillum ei poſſe obligari ſiue mutuam ei det pecuniam, ſiue ſtipulatur ab eo. Sed etiã cũ ſolus ſit tutor, mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo ſtipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus eſt: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuius actionem, in quantum locupletior factus eſt, dandum Diuus Pius reſcripſit.* Idemque Vlpianus *in l. 3 princ. ff. commodati. Sed mihi videtur,* inquit, *ſi locupletior pupillus factus ſit, dandam vtilem commodati actionem ſecundum Diui pij reſcriptum.*

2. Quia id ipſum quoque ratio æquitatis manifeſta ſuadere videtur: quod nempe æquum non ſit, pupillum locupletari cum detrimento & iactura eius, cum quo contraxit, *l. 206. de reg. Iur.* etenim detrahere aliquid alteri & hominem hominis incommodo ſuum augere commodum, magis eſt contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cætera, quæ poſſunt aut corpori accidere, aut rebus externis, ait Cicero *lib. 3. de offic.* Idemque Cicero. *Nam ſibi quiſque,* inquit, *malit quod ad vſum vitæ pertineat, quam alteri acquirere, conceſſum eſt, non repugnante natura: illud natura non patitur, vt aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc ſolum eſt iure gentium; ſed etiam legibus pupillorum, quibus in ſingulis ciuitatibus reſpubl. continentur, eodem modo conſtitutum eſt, vt non liceat ſui commodi cauſa nocere alteri. Hoc enim ſpectant leges, hoc volunt, incolumen eſſe ciuium coniunctionem, quam qui dirimunt eos morte, exilio, vinculis, damno coercent. Atque hoc*

Digitized by Google

multo magis exigit ipſa naturæ ratio, quæ eſt lex Diuina & Humana, cui parere, qui velit, nunquam committet, vt alienum appetat & id, quod alteri detraxit, ſibi aſſumat, d. lib. 3. de offic. Quapropter etſi magnus ſit pupillaris ætatis fauor vt quandoque in eius commodum à regulis iuris recedatur, *l. 13. §. ſi quis à pupillo. Digeſt. de act. empt.* tamen iuris noſtri diſciplina non patitur, vt pupillus vel quis alius cum alterius iactura locupletior [illegible]: quapropter admodum eleganter, & quod ad propoſitum noſtrum maxime pertinet *in l. 3. ff. de condict. indeb.* Paulus ſcribit: *Item quod pupillus ſine tutoris authoritate mutuum accepit & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſoluat, non repetit.* Et ſubiicit in continenti rationem Pomponius: *nam hoc natura, inquiens, æquum eſt neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem leg. 14. eod.* Et hoc quidem magnum dubium non habet: ſed vtrum pupillus locupletior factus obligetur, naturaliter ſolum, an vero ciuiliter, admodum controuerſum eſt: de quo nunc dicendum reſtat.

Qu. 32. *An pupillus ſine tutore contrahens & locupletior factus obligetur ciuiliter, an vero tantum naturaliter?*

Quod duntaxat naturaliter & non ciuiliter obligetur, hac ratione probari videtur. Quod pupillus, in quantum locupletior eſt factus, dicatur obligari naturaliter. Sic enim *in d. l. 5. princ. Digeſt. de auct. tut. Sed & cum ſolus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo ſtipuletur non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus eſt: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuiuis actionem in quantum locupletior factus eſt dandam Diuus Pius reſcripſit.* Et *in l. 13. & 14. Digeſt. de condict. Indeb. item quod pupillus ſine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus eſt, ſi pubes factus ſoluat, non repetit. Nam hoc natura æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

Etſi vero quidam ad hoc fundamentum reſpondeant; quamuis *in d. l. 5.* pupillus dicatur naturaliter obligari: non tamen hoc ipſo negari, quin ciuiliter obligetur; cum nec alias vnius incluſio ſit alterius excluſio: ſic enim obligationes, ex iurisgentium contractibus deſcendentes, etſi ciuiles dicantur; tamen eaſdem & naturales appellari *in l. 10. Digeſt. de oblig. & act.*

Reſpond. Etenim quotiens quis expreſſe atque nominatim dicitur obligari naturaliter, totiens hoc ita accipiendum, quod tantum naturaliter obligetur: alias enim à potiori (qualis eſt ciuilis obligatio, cum naturali collata) fieri ſolet denominatio. Et quod obligatio pupilli, locupletioris facti, mere ſit naturalis; exinde quoque relucet, quod in omnibus illis legibus, in quibus dicitur pupillus obligari: conſtanter dicatur obligari naturaliter: nullibi vero ciuiliter. Accedit deinceps & hæc ratio, quod non ex ciuili aliqua ratione, ſed ex naturali duntaxat æquitate (vt præcedenti quæſtione oſtendimus) quæ ſuadeat, neminem cum alterius iactura reddi locupletiorem, pupillus obligetur. Quinimo, ſi rationem ciuilem ſpectemus, dicendum potius eſt pupillum locupletiorem factum, non obligari, quia pupillus non habet adminſtrationem bonorum ſuorum: adminiſtrationis vero pars quædam eſt ius contrahendi obligationem, *l. 20. & 49. Digeſt. de verb. ſignif.* Quapropter ſi ratio ciuilis obſtat, quo minus pupillus obligetur, non certe dici poteſt locupletior factus obligari ciuiliter; ſed duntaxat naturaliter.

Non obſtat 1. Quod ex obligatione pupilli, locupletioris facti, actio competat aduerſus pupillum, *d. l. 5. Digeſt. de auct. tut.* Naturalis vero obligatio actionem non pariat: proinde huic ſit conſequens, obligationem pupilli, locupletioris ex contractu ſuo facti, non eſſe mere naturalem; ſed etiam ciuilem.

Reſpond. Actionem enim hanc, qua conuenitur pupillus locupletior factus, ex naturali obligatione deſcendere ipſe

Vlpianus

Vlpianus haud diſſimulare videtur, dum *in d. l. 5.* poſtquam dixiſſet, pupillum, in quantum ſit locupletior factus, obligari naturaliter, ſubiicit, pupillũ, in quantum ſit locupletior factus, actione conueniri: cui eſt conſequens, pupillum, quatenus naturaliter obligatur, actione conueniri, atque adeo actionem iſtam, qua pupillus conuenitur, ex naturali obligatione deſcendere. Nec impedit, quod ex naturali obligatione actio non naſcatur.

Nam id regulare quidem eſt; ſed interdum fallit: ſiquidem ex naturali quoque obligatione actionem naſci probant, *l. 10. ff. de oblig. & act. & l. 16. ff. de fideiuſſ.* Inter eos vero caſus, quibus obligatio naturalis actionem parit, exiſtimo referendum & hunc caſum, quo pupillus, inconſulto tutore, contrahens locupletior factus eſt per *d. l. 5. pr. de auctor. tut.* Adhæc actio q̃ in pupillum locupletioré datur, non tam ex naturali obligatione, quam ex reſcripto Diui Pii proficiſcitur *d. l. 5. princ. l. 3. princ. Digeſt. commodat. l. 2. § pupillus Dig. de negoc. geſt.*

Non obſtat præterea, quod cum Diui Pii Imperatoris conſtitutione effectum ſit, vt in pupillum actio detur in quantum ſit locupletior factus; videatur eadem conſtitutione obligationem pupilli, quæ prius naturalis erat, hoc ipſo ciuilem effeciſſe.

Reſp. Quod enim poſt Diui Pii conſtitutionem obligatio pupilli, ex contractu locupletioris, adhuc naturalis ſit, probat dilucide *d. l. 5. ff. de auct. tut.* Nec Diuo Pio animus fuit obligationem iſtam naturalem facere ciuilem; ſed obligationis effectum tribuere ſua conſtitutione voluit. Non aduerſatur etiam, quod *in l. 1. ff. de contr. tutel. act.* expreſſe dicatur pupillus tutori ſuo ciuiliter obligari.

Reſpond. Hoc quippe de pupillo iam pubere facto haut dubie accipiendum: contraria ſiquidem tutelæ actio non datur, durante, ſed finita demum tutela, & poſtquam pupillus pubes eſt factus, vti ex *tot. tit. de contra. tutel. actione*, plus ſatis liquet.

Non reſiſtit denique noſtræ ſententię, *l. obligari 43. ff. de obligat & act.* vbi, cum Paulus ait, *pupillum ſine tutoris authoritate non obligari iure ciuili*, dicendum videtur, quod ſine tutoris authoritate contrahens ſuamq; conditionem meliorem faciens, obligetur iure ciuili.

Reſpond. Nam ex illo textu non hoc per argumentum à contrario ſenſu inferendum, quod ſine tutoris auctoritate contrahendo locupletior factus obligetur ciuiliter, ſed hoc duntaxat, quod cum tutoris auctoritate contrahens ciuiliter obligetur; id quod & nos verum eſſe agnoſcimus: præterea argumentum à contrario ſenſu vim concludendi non habet, cum in contrarium ſunt textus expreſſi vt hoc noſtro caſu textus ſunt apertiſſimi, quibus luculenter probatur pupillum ſine tutoris authoritate contrahendo locupletiorem redditum naturaliter ſaltem obligari.

Qu. 33. An infans, perinde vt furioſus, tutore autore paciſci nequeat?

Pupillum infantiæ & pubertati proximum authoritate tutoris poſſe obligari expeditum eſt. Sed de infante an idem dicendum, quæſtionis eſt, nec deſunt, qui negatiuam tueantur ſic, vt fere communis ſit opinio, infantem tutore auctore, non magis, atque furioſus, authoritate curatoris, negocia gerere, paciſci & paciſcendo obligari poſſe: contrariam tamen ſententiam, quod quædam negocia infans tutoris authoritate perficere poſſit, nec in omnibus furioſo ſit ſimilis longe veriorem iudico; eamque ſequentibus hiſce argumentis confirmari exiſtimo.

1. Infans tutore auctore poſſeſſionem acquirere poteſt, *l. 32. §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* furioſus vero non item.

2. Infans tutore authore fideicommiſſariam hæreditatem acquirere poteſt, *l. 65. §. 3. ff. ad SC. Trebell.* vbi Mæcianus Iuris-

Iuriſconſultus: *ſi pupillo* inquit, *infanti reſtituere hereditatem quis rogatus ſit, ſi ſponte adierit etiam ſeruo eius & ipſi pupillo, tutore auctore, reſtituetur hereditas.* Nec obſtat huic, quod *in l.9. ff. de acquir. vel omitt. hered.* dicitur, pupillum, ſi fari poſſit, hereditatem, auctoritate tutoris, acquirere poſſe.

Reſpond. Nam hic male per argumentum à contrario ſenſu, contra textum expreſſum *d.l.65.* concluditur, infantem non poſſe, tutore auctore, hereditatem acquirere. Sicut etiam non impedit, quod tutor nomine pupilli hereditatem poſſit acquirere, *l.18. C. de iur. delib.*

Reſpond. Nam hæc non ſunt contraria, ſed diuerſa, quæ ſimul ſtare poſſunt, tutorem nomine pupilli acquirere hereditatem & pupillum, auctore tutore, hereditatem acquirere.

3. Accedit ratio etiam ſatis euidens, quod nempe iudicium infantis imbecille & imperfectum ſuppleatur à tutore, *d.l. 32. de acquir. poſſ.* Vnde ſequitur pupillum infantem, illos etiam actus, qui iudicium aliquod & conſenſum ſiue animum deſiderāt, tutoris auctoritate perficere poſſe.

4. Et ſane quod diuerſa ſit ratio furioſi & infantis hinc conſtat, quod in furioſo nec res ſit, nec ſpes animi: in infante & ſpes ſit & principium animi ac iudicii: ſeu in infante ſemina ſint iudicii, quæ ſuppleri poſſunt auctoritate tutoris: in furioſo autē nulla ſint iudicii ſemina, & ideo ſuppleri per curatorem & adiuuari non poſſint.

5. Inſuper infanti donatarum rerum poſſeſſio tradita acquiritur, vt expreſſe Decius Imperator *in l.3. Cod. de acquir. poſſ.* Rufino reſcripſit. At poſſeſſionis acquiſitio animum deſiderat.

6. In *l.1 §.3. de acquir. poſſ.* ſcribit Paulus, pupillum, auctore tutore incipere poſſidere. Nec inter pupillum infantem, infantiæ & pubertati proximum diſtinguit.

Quare quod in genere de pupillis aſſeritur; id quoque de ſingulis pupillorum ſpeciebus accipiendum eſt. Et quod de infante etiam loquatur, patet exinde, quod ſubiicit, ſi pupillus eius ſit ætatis, vt intellectum capiat, etiam ſine tutoris authoritate eum poſſidere poſſe.

His vero non aduerſatur primo, quod Paulus Iuriſconſultus *in l.5. de Reg. Iur.* expreſſe atque nominatim pupillum, qui fari poteſt, diſtinguat à furioſo; ita vt furioſus nullum negocium contrahere poſſit curatoris autoritate: at pupillus, qui fari poteſt, omnia poſſit facere tutore authore; vnde inferendum videtur, infantem nullum negocium poſſe, citra tutoris ſui authoritatem, contrahere, ſed per omnes, quoad hoc, ſimilem eſſe furioſo.

Reſp. Nam primo argumentum à contrario ſenſu, quale illud eſt, quod ex noſtra lege modo deductum eſt. Item argumentum ab incluſione vnius ad alterius excluſionem nō procedit contra textus expreſſos, quibus infantem tutore auctore, negocia quædam perficere dicitur. Non itaque ſequitur: pupillus, qui fari poteſt diſtat à furioſo. Ergo infans non diſtat à furioſo. Præterea quod dicitur pupillum, qui fari poteſt omnia negocia gerere poſſe, tutore auctore, ex eo nō recte infertur: ergo pupillus infans nulla negocia tutore auctore, contrahere poteſt: ſed ita exinde recte cōcluditur. Ergo pupillus infans non omnia negocia, tutore authore, agere poteſt: id quod libenter & nos admittimus. Ea enim quæ verba deſiderant, ſane infans facere non poteſt, *arg. l.1. pr. ff. de verbor. obligat.* Non aduerſatur deinde, quod cum infantis nullum plane ſit iudicium, *l.1. C. de falſa moneta l. infans. ff. de l. Cornel. de Sicar. §. in ſumma. Inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* adeo vt etiam ob hanc cauſam delinquere nequeat. *d.l. infans.* Et ideo non poſſit tutor defectum iudicii & conſenſus ſupplere.

Quod enim omnino nullum eſt, id ſuppleri non poteſt, ſed id ſolum, quod imperfectum eſt.

Reſpond. Hoc, inquam, non obſtat: quod enim infantis ſit aliquod iudicium, ſed imperfectum, debile, atque ad actus conſenſu gerendos inſufficiens, diſerte probat *d.l.32.§.2.ff. de acquir. poſſ.* vbi dicitur iudicium infantis ſuppleri auctoritate tutoris. Quapropter verius videtur, quod dicitur pupillum iudicium non habere, id comparate ſolum accipiendum eſſe, quod ſcilicet non habeat iudicium perfectum, atque ad actum perficiendum ſufficiens. Sic enim & pupillus in genere dicitur, nullum habere animi iudicium, *§.1. Inſtit. quib. non eſt permiſſ. fact. teſtament.* cum tamen proximus pubertati intellectum habere expreſſe dicatur, *§. in ſumma Inſtitut. de oblig. quæ ex delict. naſc.* intelligitur nempe illic iudicium perfectum, quale ad teſtamenti factionem eſt neceſſarium. Et pupillus infantiæ proximus, dicitur neque ſcire, neque decernere poſſe, non magis quam furioſus, *leg. 9. Digeſt. de acquir. vel amitt. heredit. l.70. Digeſt. de V. O. §. 10. Inſtitut. de inutil. ſtipul.* Et tamen quin is aliquem habeat intellectum, quem ſua authoritate ſupplere poſſit tutor, adeoq; authore tutore negocia contrahere valeat, extra omnem controuerſiam eſt poſitum & ſufficienter probat vel ſola *d l 5.* Præterea licet infanti intellectus non eſſet: quia tamen principium atque ſemina iudicii habeat, dubium plane nullum eſt. Non aduerſatur, quod infans comparetur furioſo *in l 1. §. 3. ff. de adquir. poſſ. §.10 Inſt. de inutil. ſtipulat.*

Reſp. Nam hoc non ita abſolute ac ſimpliciter, ſed ſecundum quid duntaxat intelligendum eſt. Idque haud obſcure indicat *d.§.10.* vbi Iuſtinianus ait, *infantes non multum diſtare à furioſis*; vnde colligitur, quod aliquid tamen à furioſo diſtent. Et ſane quod à furioſis differant, inde colligitur, quod infans, tutore authore, poſſit acquirere poſſeſſionem, *d.l.32.§.1. de acquir. poſſeſſ.* At furioſus non item, *L.18.§.1. Digeſt. eod.* Item quod furioſus, ſi ei decreto petita ſit poſſeſſio atque ipſe, priuſquam mentis compos factus bonorum poſſeſſionem petierit, deceſſerit, matri non obſtet, *l.2.§.11. Dig. ad Senatuscon. Tertyll.* At infans hoc caſu obſtet matri, quia, vt ſubiicit Iuriſconſultus poſſeſſio bonorum, quæ infanti datur, non eſt ſimilis ei, quæ datur furioſo *d.l.2.§.13.*

Inſuper cum in infante ſint principium atque ſemina iudicii: in furioſo autem non item, ſequitur inde infallibiliter infantem furioſo non in omnibus, nec per omnia æquiparandum.

Qu. 34. *An minor viginti quinque annis obligetur absque curatoris conſenſu?*

Circa quæſtionem de MINORE, vtrum ſine curatoris ſui, conſenſu obligetur?

Diſtinguendum eſt inter minorem, qui habet curatorem & eum qui non habet curatorem: vt hic quidem ſine curatoris conſenſu obligetur; ſic tamen vt læſus in contractu habeat beneficium reſtitutionis in integrum: ille vero qui curatorem habet, ſine eius conſenſu non obligetur Robert. *1. animaduerſ.12. & in not. ad ſu? mercatorem lib.1. capit.12.* Donellus & Duaren. *in l.101. d. verb. obligat.* Goëdd. *de contrah. & commit. ſtipulat cap.7. concluſ.14. nu. 236.* Bocerus *de inueſtit. feud. cap. 3. num. 17. cum ſequent.*

1. Nam *in l. 3. C. de reſtit. in integrum minor.* Diocletianus & Maximinianus ad quæſtionem hanc *an minor obligetur?* diſtinguendo reſpondent, vt ſi minor habuerit curatorem & ſine conſenſu eius prædium vendiderit, tum cõtractus non ſubſiſtat, ſed ipſo iure ſit nullus: ſin vero curatorem non habuerit, tunc contractus ab eo initus valeat, verum reſcindi poſſit per in integrum reſtitutionem, ſi in iſto contractu minor læſus fuerit & circumuentus: *Si curatorem habens*, inquiunt Imperatores, *minor quinque & viginti annis poſt pupillarem ætatem res vendidiſti, hunc contra-*

contractum ſeruari non oportet, cum non abſimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à prætore curatore dato, bonis interdictum eſt: ſin vero ſine curatore conſtitutus, contractum feciſti, implorare in integrum reſtitutionem, ſi nec dum tempora præfinita exceſſerint, cauſa cognita non prohiberis. Etſi vero Iacobus Cuiacius *lib. 9. obſeruat. 33.* & *in l. 101. de verb. obligat.* Iohannes Borcholt *in tractat. de reb. credit. capit. 3. & in tract. de iureiurando c. 3. n. 29. & ſequent.* Andreas Fachineus *lib. 3. cap....* & Giphanius *ad l obligari. de oblig. & act.* reſpondeant; eam legem 3. de rerum alienatione, veluti de rerum venditione iam perfecta completaque loqui, non de obligatione: puberem non poſſe quidem alienare res ſuas, abſque curatoris authoritate: cum curatori ſit rerum adminiſtratio commiſſa, ipſi vero adempta: at vero puberem obligari poſſe ſine curatoris authoritate, quoniam curator non perſonæ minoris, ſed eius duntaxat rebus ac bonis datus intelligatur *pr. Inſt. de curator.*

Veruntamen reſponſio hæc vix, ac ne vix quidem ſuſtineri poterit: quia expreſſe *in d. l. 3.* de venditione loquuntur Imperat. non de alienatione: venditio autem, proprie loquendo, non eſt alienatio, *l. 20. Codic. de pact. l. 3. Digeſt. de obligat. & act.* Nec enim rei venditæ dominium transfertur, niſi traditione eius ſubſecuta *§. per traditionem. Digeſt. de Rer. diuiſ.* quæ tamen traditio non eſt de venditionis ſubſtantia, nec ad eſſentiam eius pertinet *tot. tit. Inſt. de obligat. quæ ex conſenſ. pr. & §. 3. Inſtit. de empt. §. 2. Inſt. de donat.*

Et quanquam venditionis nomine ſæpe alienatio intelligatur, vtpote conſequens quoddam venditionis; vnde & Seneca, *Num quid non demens*, ait, *videbitur, qui aliud ſe vendidiſſe ſibi dicet? Quod venditio alienatio eſt & rei ſuæ iuriſque ſui in alium translatio.* Et contra alienationis nomine frequenter venditio ſignificetur *l. 3. C. de iure emphyteutico.* Hoc tamen in loco venditionem pro alienatione non poni, hinc colligitur.

1. Quia, proprie loquendo, venditio non eſt alienatio *d. l. 20. Codic. de pact. & l. 3. Digeſt. de oblig. & act.* à propria vero ſignificatione in dubio non receditur *l. non aliter. de legat. 3.*

2. Quia Imperatores de CONTRACTV venditionis loquuntur; *Hunc contractum*, inquiunt, *ſeruari non oportet*: contractus vero non eſt alienatio.

3. Quia minorem, curatorem habentem comparant cum prodigo: prodigum vero ſine ſuo curatore non obligari conſtat ex *l. 6. ff. de V. O.* Nec impedit, quod Giphanius reſpondet, prodigo minorem *in d. l. 3.* tantum ſecundum quid comparari, quoad alienationem ſcilicet, de qua ibidem agitur; nam hoc in mera ac nuda coniectura & diuinatione conſiſtit, atque ſatis cum generalitate textus, tum rationibus antecedentibus refellitur. Quocirca ex hiſce manifeſtum eſſe exiſtimo, adductam l. 3. non de alienatione, ſed de venditione loqui.

Reſpondent deinde alii ad *d. l. 3.* In ea proponi vnicum caſum, de quo duę ſubiiciantur quæſtiones. Caſum hunc eſſe, quo minor, curatorem habens fundum ſine curatoris conſenſu vendiderit & ex vēditione iſta læſus fuerit. De hoc quærit 1. vtrum contractus ſeruandus ſit nec ne? Ad quod Imperatores reſpondeant: contractum ſeruandum non eſſe: alteram quæſtionem eſſe, quomodo contractus ſeruari non debeat? Ad quam Imperatores reſpondeant; illum per in integrum reſtitutionem impugnandum.

Hæc vero *d. l. 3* explicatio hiſce argumentis confirmari videtur.

1. Quod vnicus caſus ſit ab Imperatorib. propoſitu, hinc colligendum, quod veriſimile non ſit Impp. reſpondiſſe de duobus caſibus, cum non de duobus,

ſed de vnico caſu fuerint conſulti. Conſulens enim Attianus aut habuit curatorem, aut nullum habuit. Secundo quod Imperatores reſponderint ſolum de eo minore, qui curatorem habuerit, hac ratione probari videtur, quia de eo minore, qui curatorem non habuit, dubium eſſe non potuerit quin obligetur, eique læſo ſuccurratur per in integrum reſtitutioné, adeoque plane ineptum & ſuperuacuum fuerit, Impp. conſulere de eo, quod iuris fuerit indubitati: aut ſi omnino de eo cóſulti fuiſſent, proculdubio vt alibi reſpondiſſent, hoc iuris eſſe certi, vel indubitati, vel explorati.

3. Quod denique *in d. l. 3.* contractus non fuerit ipſo iure nullus, hinc relucere videtur, quod Impp. venditionem ab Attiano contractam appellitent contractũ: iam vero ſi venditio ipſo iure nullius eſſet momenti, contractus non diceretur, cum non entis nullę ſint qualitates, nullæ conſiderationes: inſuper Imperatores venditionem iſtam ſeruari non oportere ſcribunt: quo ipſo ſane ſignificare videntur contractum valere, ſed efficaciæ illius nõ eſſe, vt ex eo agi poſſit: inepte enim diceretur contractum non eſſe ſeruandum, qui ipſo iure eſſet nullus: cum non entis nullæ ſint qualitates, nullæ prædicationes: atque ſeruari, & non ſeruari de eo recte enuncientur, quod ipſo iure valet, non quod ab initio nullum eſt. Poſtremo, ſi contractus eſſet ipſo iure nullus, non opus eſſet hac quæſtione, quomodo ſeruandus non eſſet?

Cæterum & hanc ſolutionem non meliorem eſſe priori exiſtimo. Quod enim *in d. l. 3.* duo proponantur caſus diuerſi, in quorum priori minor habuerit curatorem; in poſteriori vero curatore fuerit deſtitutus, probat particula *vero*, quæ habet naturam diſiungendi ea, quæ inter ſeſe diuerſa ſunt.

Nec audiendi hic ſunt, qui aiunt particulam *vero* idem ſignificare, quod *autem*, hanc vero frequenter ſumi pro *Enim, l. intra quatuor. 10. §. fin. Digeſt. de diuerſ. temp. præſcript.* ac pro igitur *l. 63. §. pecorib. Digeſt. de legat. 3.* In qua ſignificatione, ſi accipiatur particula vero *in d. l. 3.* aiunt rem fore expeditam, vt vel ratio illis poſterioribus verbis reddatur, quare contractus ſeruandus non ſit, nimirum quia reſtitutio in integrum minori competat; vel ex prioribus inferatur. Igitur contractum hunc, ipſo iure validum, reſtitutione in integrum reſcindendum eſſe.

Hæc, inquam, reſponſio attendenda non eſt, ſiquidem in dubio à propria & genuina ſignificatione vocis *VERO* non eſt recedendum: nec ſequitur particula *vero* idem ſignificat, quod *autem.* Hæc vero particula *autem* idem quandoque denotat, quod *enim* vel *igitur*: proinde etiam particula *vero* pro *enim* vel *igitur* aliquando ſumitur.

Quod porro in caſu *d. l. 3.* priori contractus ipſo iure ſit nullus, hinc probari videtur, quod minor curatorem habens, conferatur cum prodigo: contractus vero cũ prodigo initus, ſit ipſo iure nullus, *l. 6. de verb. obligat.* Nec ad rem pertinet, quod aiunt, minorem cum prodigo comparari in eo, quod contractus ſeruari non debeat, non autem in modo non ſeruandi: contrarium ſiquidem ex ipſis verbis legis ſatis liquet.

Poſtremo quod *in verſic. ſic vero.* Impp. tractent de minore non habente curatorem, liquido probant verba *ſine curatore conſtitutus.*

His enim verbis aperte ſignificatur, minorem, de quo illic diſſerunt Imperatores, curatorem non habuiſſe: verbum enim conſtitutus pro eo, quod *eſt exiſtere, eſſe, habere* paſſim vſurpatum legimus; veluti *in l. 8. §. 1. Digeſt. de tutor. & curat. dat. leg. tert. verſicul. vel adhuc. Codic. ſi maior factus.*

factus l.fin.in verb. ſub tutela conſtitut. Cod. de legit. tutela l. 1. & l 7. Codic. qui dar. tut. vel curat. l. 7. Cod de curat.furioſi l. vnic. Cod. de act. à tutor. vel curat. Ex hiſce igitur patet, ſuperiorem *dict.l.3.Cod.de reſtit in integrum minor.* interpretationem ſubſiſtere non poſſe. Nec defenditur argumentis pro ea ſupra adductis.

Ad primum reſpondeo, in legibus Codicis nihil fere eſſe frequentius, quam quod ambiguitatis tollendæ cauſa Imperatores, de vnico caſu conſulti, per plurium cauſarum caſuumque enumerationem ac diſtinctionem reſpondeant, veluti in *l.1.l.final. Cod ſi quis ignor. rem minor. l.1. l.3. Cod.ſi aduerſ libertat l.2. Cod.ſi aduerſ. donat.l.4 l.ſi ſuperſtite C de dolo malo l.3.l. vt reſponſum l.cum proponas.l.ſub prætextu Cod.de tranſact.l.1.C.de edend.*

Ad ſecundum reſpondeo, Imperatores in legibus Codicis ſæpè reſcripſiſſe ac reſpondiſſe de re minus dubitabili, conſultos à priuatis hominibus iuris planè imperitis.

Ad tertium reſpond. in *d.l.3.* venditionem, ſine curatoris conſenſu initam, appellari contractum abuſivè & impropriè, quemadmodum venditio à prodigo inita contractus dicitur, quia ſcilicet intentione ac facto illorum, qui contrahebant, putabatur fieri venditio: atque ſic falſus tutor & falſum teſtamentum vocatur tutor & teſtamentum *l. Paulus. 221. de verb. ſignif.*

Præterea non ſeruari, quod opponitur obſeruari, proprie ad ea refertur, quæ ipſo iure non ſubſiſtunt, ſed irrita ſunt & nulla ſtatim ab initio. Id enim, quod ab initio ſtatim non valet, & pro infecto habetur, rectè dicitur non ſeruari. Atque ita pactum à iure remotum dicitur non ſeruari in *l. 7. §. ſi paciſcar. Digeſt. de pact.* Et tamen huiuſmodi pactum, quod iuri communi aduerſatur, nullius eſſe momenti & pro infecto haberi, ſancit Iuſtinianus in *l. non dubium. Cod. de legibus. l. generaliter. de verborum obligat.* Et in *l.27.§. pacta. 4. Digeſt. de pact.* Et pacta, quæ turpem cauſam continent, non ſunt obſeruanda: hæc autem quin ipſo iure ſint nulla, patet ex *dict. l. generaliter. de verborum obligat.* Denique obſeruandum eſt, quod de contractu à minore, curatorem habente, initio in *d. l. 3.* non quæratur quomodo ſit ſeruandus; ſed ſimpliciter decidatur contractum ſeruandum non eſſe, hoc eſt, eum iure ipſo, & ſtatim ab initio nullum eſſe.

2. Quod ſine curatoris auctoritate non obligetur minor, hæc porro ratio probat; quod cui bonorum adminiſtratio adempta eſt, eidem quoque ademptum ſit ius ſeſe obligandi ſuo arbitrio ex conuentione, *l. is cui bonis. 6. de verb. obligat. tot. tit. ff. de curat. furioſ.* quoniam bonorum appellatio continet obligationes & ius ſeſe obligandi *l. 49. de verb. ſign.* & ius adminiſtrandi tam ad obligationem, quam ad alienationem ſpectat *l. ſane. C. de admin. tut.* atqui minori adempta eſt bonorũ adminiſtratio, dato ei curatore *l. ſancimus. 25. C. de admin. tut. l. in bonorum. 48. ff. de admin. & peric. pr. Inſt. de auct. tut. l. 1. ff. de minor.* Ergo eidem quoque ademptum eſt ius ſeſe obligandi & contrahendi.

3. Qui non poteſt alienare inuito, ſeu non conſentiente curatore, is non poteſt ſe ſine illius conſenſu obligare, quia alienatio eſt effectus & conſequens quoddã obligationis: à quo autem remouetur effectus, ab eodem quoq; cauſam remoueri neceſſum eſt, vt cui denegatur neceſſarium conſequens, eidem quoque antecedens denegari intelligitur. Atqui minor abſq; curatoris conſenſu non poteſt bona ſua alienare, *tot. tit. ff. de reb. minor.* ergo nec poteſt ſine curatore ſuo contrahere & contrahendo ſeſe obligare.

Contrariam opinionem, quod nempe minor ſine curatoris conſenſu contrahẽs obligetur, amplectuntur Hermann. Vulteius in *diſcept. ſcholaſt. cap. 16.* Cuiacis *lib. 9.*

obſerv.33.& ad *l.101.de verb.obligat.*Borcholt. *de rebus cred.cap.3. & de iureiur. cap.3. nu.29. & ſeqq.* Andr.Fachin.*libr.3.contr.9.*Giphanius *ad l. obligari. de obligat.& act.* Anton. Faber. *6.error. pragmat.9.* & qui hos plurimi è Neotericis ſequuntur. Argumenta illorum hæc ſunt.

1. In *l.101.de verb.obligat.* expreſſe Modeſtinus ICtus *puberes,*ait,*ſine curatoribus ſuis, ex ſtipulatu obligari poſſunt.*

2. Cura non eſt perſonæ, ſed rei, nec enim curator datur perſonæ, ſed rebus duntaxat ſeu bonis minoris, *l. 3.princ.ff. de tutel.l.32.princ.Cod.de epiſc. & cleric.libr.1.C. quando ex fact. tut. l.44. §. at ſi. Digeſt. de excuſ.tut.* Obligatio autem non eſt rei, ſed perſonæ, quia perſona & non res vinculo adſtringitur ex obligatione *princ. Inſtit. de obligat.verb.obſtringimur.* Igitur minor etiam ſine curatore obligari poteſt, nec obligatio ad curatoris adminiſtrationem & munus pertinet.

3. In *l.ſciendum.C.de nupt.* diſertè reſcribunt Imperatores: fœminam ſine curatore, poſſe matrimonii contractum inire. Et in *l. in copulandis. 8. Cod. eodem tit.* In *copulandis,* inquit Gordianus, *nuptiis nec curatoris, qui ſolam rei familiaris ſuſtinet adminiſtrationem, auctoritatem debere interuenire.* Et in *l.20.Digeſt.de ritu nupt.* Paulus ſcribit: *Sciendum eſt ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla annon, quia officium eius in adminiſtratione negotiorum conſiſtit.*

4. In *l.ait prætor.§.1.ff. de minoribus* dicitur ſine curatoris conſenſu minori rectè ſolui, vt hac ſolutione iure liberetur debitor, tantumque ſuperſit minori in integrum reſtitutio.

5. In *l. nam poſteaquam. §.ſi minor.ff. de iureiur.* ſtatuit Vlpianus minorem poſſe ſine curatore iuſiurandum litis deciſorium deferre, ſic vt delatio iſta non ſit ipſo iure nulla, ſed valeat, & ſi læſum ſe minor probet in integrũ reſtitui queat. *Si minor,* ait, *viginti quinque annis detulerit iuſiurandũ, & hoc ipſo captum ſe dicat, aduerſus exceptionem iuſiurandi replicari debebit, vt Pomponius ait, ego verò puto hanc replicationem non ſemper eſſe dandam; ſed plerumque ipſum prætorem debere cognoſcere, an captus ſit, & ſic in integrum reſtituere.*

6. Si minor 25. annis rogatus ſit per fideicõmiſſum reſtituere curatori ſuo hereditatem, rectè eam ſine vllius curatoris auctoritate reſtituere dicitur in *l.1.§.fuit.ff. ad SC. Trebell.*

7. In *l.cum in vna,§.fin.ff. de appellat.* dicitur, ſi tutoris auctoritas fuerit pupillo neceſſaria, veluti ad adeundam hereditatẽ, tutor ei neceſſario dabitur: quoniam curatoris auctoritas ad hoc ei inutilis eſt: ſi igitur ſine curatore minor poteſt adire hereditatem; ſequitur quod & ſine curatore minor poſſit contrahere & exinde ſeſe obligare, quia hereditatis aditio eſt quaſi contractus, ex quo heres legatariis & fideicommiſſariis obligatur, *§.5.Inſt.de obligat.quæ quaſi ex contract.*

8. Accedit his, quod pubes, curatorem habens, non ſolum ſit ciuis Romanus, ſed firmi etiam iudicii, ita vt probe intelligat, quid agat & per naturam conſentire queat. Cui videtur conſequens, vt quia conſenſu fiunt contractus, minor contrahere poſſit.

9. Adde, quod tutor authoritatem; curator conſenſum interponat: authoritas conſenſum legitimet ad actum perficiendum: conſenſus non item; cum minoris perſona per ſe ſatis ſit integra; adeo vt minores inuiti non accipiant curatores, *§. item inviti.Inſt de curat.*

10. Maior eſt patris, quam curatoris autoritas: cum longe maius in filium ius habeat pater, quam curator in impuberem: at minori contrahenti nec patris authoritas eſt neceſſaria, *l. fin. §. 1.ff.de verb.obligat.* Ergo multo minus neceſſaria erit authoritas curatoris.

11. Cui conceditur id, quod maius eſt, eidem de-

dem denegari nõ oportet id, quod minus eſt: atqui maius eſt teſtamentum facere poſſe, quod tamen minori puberi conceditur, quam de quibuſdam duntaxat rebus ſuis contrahere poſſe: igitur minori puberi permittendum erit de bonis ſuis, etiam ſine curatore, contrahere ac contrahendo ſeſe obligare.

12. In *l. obligari 43. ff. de obligat. & action.* in hæc verba ſcribit Iuriſcõſultus: *Obligari poteſt paterfamilias ſuæ poteſtatis, compos mentis, pupillus ſine tutoris autoritate non obligatur iure ciuili.* Quibus verbis confert Iuriſconſultus pupillum cum pubere curatorem habente; ſic vt ille non obligetur ſine tutoris authoritate: hic vero obligetur. Hæc igitur fundamenta, ordine relata, euidenter probare videntur, minorem ſine curatoris ſui conſenſu obligari poſſe.

Verum enimvero mihi hæc tanti momenti non videntur, vt à priori ſententia quenquam dimoueri debeant.

Quantum enim ad primum, quod ex *l. 101 de verb. obligat.* ſumunt, varie ab interpretibus diſſoluitur.

Nam primò Henricus Bocerus diſtinguit inter ſtipulationem & reliquos contractus, ſic vt puberes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu quidem obligentur: ex aliis verò contractibus non obligentur: & hoc ideo, quia ſtipulatio eſt contractus omnium firmiſſimus *argum. §. 1. Inſtitut. de verb. obligat.* ad hoc potiſſimum inuentus ac introductus, vt alios contractus firmet *Paul. lib. 5. ſent. 7.*

Quam tamen reſponſionem ego probare non poſſum, propterea quod ius cõtrahendi ſtipulationem, non minus ad rerum adminiſtrationẽ, quæ minori adempta & curatori commiſſa eſt, quam ius alios cõtractus ineundi ſpectat: nec minus ex ſtipulatione rerum ſequatur alienatio, quam aliis è contractibus, adeoq; eadem plane ratio in ſtipulatione, quæ in cæteris contractibus obtineat: accedit huic, quod vel ideo, quia ſtipulatio firmius obſtringit quam cæteri contractus, puberes ſine cõſenſu curatoris ex ſtipulatu obligari minus poſſint, quam ex aliis contractibus, quoniã qui prohibetur ex contractu, minus firmiter obſtringẽte, obligari, is multò magis prohibetur ex contractu omniũ firmiſſime obſtringente obligari.

Secundo Iohannes Gœdd. reſpondet dictionem SVIS in *d. l. 3.* non ad vocem curatoribus, ſed ad ſubaudiendum dictionẽ *creditoribus* referendam eſſe, ſic vt poſt vocem *creditoribus* diſtinctionis, ſeu commatis ſignum ponatur; quaſi Modeſtinus ſcripſiſſet: puberes ſine curatoribus (hoc eſt, non habentes curatores) ſuis creditoribus obligari poſſunt.

Reiicitur verò & hęc reſponſio 1. Quia eſt plane diuinatoria. 2. Quia eſt dura, vt quæ duplicem deſideret ſubauditionem, eamq́ue ſatis duram, vnam in voce curatoribus: alteram in voce *ſuis*, cum tamen veriſimile non ſit Modeſtinum, Iuriſconſultum prudentiſſimum, tot ſubauditionibus legem ſuam obnoxiam relinquere voluiſſe.

Tertio Accurſius reſpondet, Modeſtinum in *d. l. 101.* loqui de puberis obligatione tantum naturali, non de ciuili & ad actionem efficaci.

Sed nec hæc ſubſiſtere poteſt reſpõſio, 1. Quia verbum *obligari* in dubio de ciuili obligatione accipitur, non ſolum, quia in dubio ſemper verbum in potentiori ſignificatione ſumitur *argum. l. 10. ff. de ſtatu hom.* ſed etiam, quia obligatio ciuilis propria eſt obligatio: naturalis vero minus propria *argum. §. 1. Inſt. de obligat.* 2. Quia quotiens Iuriſconſulti ſignificare volunt, obligationem naturalem, id exprimere ſolent, *l. ſervi 14. Digeſt de obligat. & act. l. 13. de condict. indeb.* 3. Quia ex ſtipulatione, de qua in *dict. l. 101. de verb. obligat.* Modeſtinus loquitur, ciuilis naſcitur obligatio, vtpote ex contractu, origine & forma, ciuili.

Quartò,

Digitized by Google

Quartò, Hugo Donellus reſpondet: hoc verbum *ſuis* eſſe ambiguum & in *d.l. 3.* non de illis tutoribus, quos ex iure habent, ſed de iis, quos ex iure habere debuerint minores, intelligendum eſſe abuſiuè ſcilicet & ἀναφορικῶς, relatione nimirum facta ad id, non quod factum eſt, ſed quod fieri debuit: vt ſenſus legis ſit; puberes obligari poſſe ſine curatoribus ſuis, id eſt, iis, quos propter ætatem iure habere poſſunt & debent.

Quæ tamen & ipſa ſolutio propterea reiicitur, quod non modo ſit diuinatoria, ſed eandem quoq; refellat particula *ſuis*, quæ ſatis arguit, ICtum loqui de puberibus: qui habent ſuos curatores, cum puberum curatores non rectè dicantur illi, qui puberibus dati non ſunt: nec obligari ſine curatoribus ſuis recte dicantur illi, qui curatores non habent, cum pronomē illud *ſuis* ſit poſſeſſivæ ſignificationis & præſupponat aliquem, qui, vt ita loquar, poſſidet, hoc eſt, habet curatores.

Quapropter hiſce reſponſionibus ordine reiectis reſpondendum exiſtimo cum Iohanne Roberto, ICtum Modeſtinum in *d l.101.* non ſimpliciter & abſolutè dicere puberes ſine curatoribus ſuis obligari, ſed addidiſſe, *poſſe obligari,* vt hinc intelligatur, non quidē regulariter puberes obligari, ſed certis duntaxat quibuſdā caſibus, quorum primus ſit, ſi rem ſuā meliorem fecerint: quoniam cum hoc caſu pupillus ſine tutoris authoritate obligetur, multo magis pubes obligari debeat. 2. Si perſonam duntaxat ſuam, non etiam vna & conſequenter res ſuas obligent: vt accidit quando ſponſalia & nuptias contrahunt, *l.20.ff de rit.nupt.l.8.C.de nupt.*

Ad ſecundum reſp. Ex contractu quidem perſonā puberis obligari & obſtringi, ſed ad rem aliquam dandam, vel aliquid faciendū: vnde & ſupra demonſtratum fuit, obligandi & contrahendi ius ad bonorum adminiſtrationē, curatori commiſſam, & puberi ademptam ſpectare. Vt taceam, quod ex contractu rerum inducatur alienatio, quæ quotiēs prohibetur, ea quoq; prohibita intelliguntur, per quę ad alienationem perueniri poteſt.

Ad tertium reſp. contractum nuptiarū & ſponſaliorum excipi propterea, quod in eo non de rebus extra perſonas poſitis agitur, ſed de ſola perſonarum coniunctione *arg.pr.Inſt. de patr. poteſt.* obligationes verò cęterorum contractuum non ad vinculum, ſoli perſonæ iniiciendum, ſed ad dandum vel faciendum, hoc eſt, ad diminuendum debitori & augendum creditori patrimonium ſpectant.

Ad quartum reſp. in *l.ait prætor.* §.*2.ff.de minoribus*, non proponi minorem ſine curatoris ſui conſenſu pecuniam ſoluiſſe: nec etiam proponi minorem ſoluentem habuiſſe curatorem; ſed potius quod curatorem non habuerit eo aperte demonſtrari, quod ICtus conſilium debitori ſuppeditet, vt minori ſoluturus, adeat prætorem, eumque roget, vt minori curatorem det, quo adhibito liberetur per ſolutionē. Tantum igitur abeſt, vt in hoc reſponſo doceatur curatorē habenti ſine illo rectè ſolui, vt demonſtretur potius, curatore opus eſſe, idq; imprimis vrgeat, *l.ſancim*⁹. *C. de admin.tut.* Nec obſtat quicquam quod in ea lege dicitur, minori ſuccurri per in integrum reſtitutionem, ſi pecuniam illam perdiderit: quoniam tutoris, vel curatoris auctoritas interueniens auxilium in integrum reſtitutionis non aufert. *tot. tit. Cod.ſi tutor.vel curat.* & ſane textus *dict.* §.*2.* non loquitur abſolutè & tantum de minore, curatorem habente; ſed diſtinguit deinceps Iuriſconſultus generalitatem propoſitionis. Adhæc non dicitur ibidem debitorem rectè & cum effectu ſoluere minori: ſed dicitur debitorem non compelli ſoluere, ſed ſi velit poſſe ſoluere, ſuo ſcilicet periculo, vti etiam de pupillo conſtitutum legimus in *l.15.ff. de ſolut.*

Ad quintum reſp. In *l.nam & poſtquam.*

9.§.4.

9. §. 4. de iureiur. non proponi minorẽ, qui alii iusiurandum litis deciſorium detulit, habuiſſe curatorem: quod etſi quidam ex eo probari exiſtiment, quod minor ſine curatore in iudicio ſtare non poſſit, *§. item inuiti. Inſtit. de curat. tot. tit. Cod. qui legitim. perſon.* ac conſequenter iuramentum litis deciſorium iudiciale deferre nequeat: nondum tamen probatum eſt à diſſentientibus, quod *dict. §. 2.* de iudiciali loquatur iuramento, nec ratio vlla prohibet eum §. de extraiudiciali & voluntario iuramento accipi. Et poſito eo, quod in *§. 2.* de iudiciali agatur iuramento, tamen vel hoc probabit, curatorem, à minore adhibitum, eiuſque conſenſu iuramentum delatum eſſe *argum. d. §. item inuiti, & d. tit. Cod. qui legitim. perſon.* poſtremo obſeruandum eſt in *d. l. nam & poſteaquam*, §. 4. vt & in præcedenti *l. ait prætor. §. 2. ff. de minorib.* non agi de obligando minore, ſed de liberando debitore minoris: ſolutio autem longe fauorabilior eſt obligatione & ad liberandum ſemper fauorabiliores ſunt leges, quam ad obligationem *l. Arrianus. ff. de obligat. & act.*

Ad ſextum reſpond. nihil penitus *d. l. 1. §. fuit. ff. ad Senatusconſult. Trebell.* ad rem facere, quia minor, reſtituens hereditatem & in alium transferens non ſe obligat. Et licet videatur minor, hereditatem alii ex fideicommiſſo reſtituens, alienare eam: tamen, quia nihil de ſuo quicquam alienat, nec in eo conditionem ſuam deteriorem reddit ſecus atq; tunc, quando res ſuas proprias alienat, aut ad eas transferendas ac diminuendas alteri ſe obligat; ideo ad hoc curatore opus non eſt.

Ad ſeptimum reſpond. Negando conſequentiam, quia non ſequitur, quod ſi curatoris auctoritas inutilis ſit pupillo ad obligationem hereditatis ſuſcipiendam, etiam puberi ſit inutilis: nam ideo pupillo eſt inutilis, quia habet tutores, aut habere debet, à quibus regatur ea ætas, & qui auctores fieri poſſint. Contraria vero de cauſa puberibus curatorum auctoritas vtilis ſit, quia hi ſolum à curatoribus regantur, non etiam à tutoribus, vt proinde horum auctoritatẽ deſiderare, tanquam neceſſariam, ſit ridiculum.

Adde & hoc, quod in *d. §. final. l. cum in vna. de appellat.* Iuriſconſultus agat de curatore ad litem, non etiam ad bona dato: cum itaq; curator ad litem datus non attingat rerum adminiſtrationem, vt qui ad certum & vnicum hoc litis negotium ſit datus, *§. datus. Inſtitut. de excuſat. tut.* ideo mirum non eſt, quod ad adeundã hereditatem inutilis ſit iſte curator: alioquin ad hereditatem adeundam puberi neceſſarium eſſe conſenſum curatoris, probat *l. 1. C. ſi tutor vel curat. interuen.*

Ad octavum reſpond. Vt ex ſtipulatione, vel alio quopiam contractu obligatio ſubſiſtat, non ſatis eſſe, vt qui contrahit per naturam conſentire poſſit: ſic enim mulier, etſi iuris Romani particeps ſit & conſentire queat, non tamen pro alio intercedens obligatur *tot. t. ad SC. Velleian.* verum vt aliquis contrahere ac contrahendo ſe obligari poſſit, requiritur inſuper, vt bonorum adminiſtrationem habeat liberam, & vt in alienanda atque obliganda bona ſua conſentire queat. Quin & ſi quid hoc argumentum concluderet, evinceret quoq; pupillum, pubertati proximum, qui & ipſe cõſentire poteſt, & intelligit quid agat *§. pen. Inſtit. de oblig. quæ ex delict.* ſine tutore contrahere & contrahendo obligari poſſe, quod tamen ex omnium Dd. ſententia falſum & abſurdum eſt.

Ad nonum reſp. Minoris quidem perſonã per ſe ſatis eſſe integram & legitimã ad contrahendum, adeo vt ex omniũ interpretum ſententia curatorẽ non habẽs ex promiſſione ſua efficaciter obligetur: verum poſtquã curatorem accepit ad cõtrahendum, non amplius integrã & legitimam intelligitur habere perſonam; idcirco legitimanda eſt conſenſu curatoris.

Digitized by Google

Ad decimum reſpond. Argumentum hoc à patre ad curatorem non procedere; nec ſequi, pubes poteſt contrahere ſine conſenſu patris; ergo etiam ſine conſenſu curatoris contrahere poteſt: patria ſiquidem poteſtas ad hoc non eſt introducta, vt inſtar curæ vel tutelæ adminiſtrationi negociorum intercedat.

Ad vndecimum reſpond. Quod pubes ſine curatoris conſenſu poſſit teſtamentum facere, atq; in eo de vniuerſis bonis ſuis diſponere, id ſingulari fauore teſtamenti & vltimarum voluntatum eſſe receptum, ac proinde ad conſequentiam minimè extendendum.

Ad duodecimum reſpond. in *dict. L. obligari.* ICtum non ſimpliciter de minore patrefam. hoc eſt, patria poteſtate liberato & ſui iuris exiſtente loqui, ſed de pubere patrefam. ſuæ poteſtatis: his igitur verbis ſuæ poteſtatis ſignificatur is, qui neq; ſub tutela amplius, nec ſub cura eſt; vti hæc eadem verba capiuntur in *l. 7. §. adeo. ff. quib. ex cauſ. in poſſ eatur. l. 1. ff. de curat. furioſ. §. non tamen. Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.* Et ſi hæc verba *ſuæ poteſtatis* nihil aliud ſignificarent, quam puberem ſui iuris, tunc, quia nullius paterfam. eſt, qui nō eſt ſui iuris; nec quiſquam ſui iuris, qui nō ſit paterfam. bis idem in *d. l. 43.* diceretur & manifeſta tautologia cōmitteretur; ac perinde eſſet, ac ſi ICtus dixiſſet obligari poteſt paterfam. ſui iuris, vel is, qui ſui iuris, ſui eſt iuris.

Quæ. 35. Quinam ſit prodigus, & à quo ei bonis interdicatur?

Tertiò paciſci & contrahere nequeunt prodigi, quibus bonis interdictum eſt: qui neq; tempus, neque finem expenſarum habent, ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundunt, ita Vlpian. in *l 1. ff. de curator. furioſ. dat.* Hos verò non magis, atq; furioſum, contrahere & paciſci poſſe, aut quicquā de bonis diſponere valere ea ratione probatur, quod in *l. 40. de regul. iuris.* dicitur furioſi, vel eius, cui bonis interdictum eſt, nullam eſſe voluntatem: ad contractum vero & pactum voluntas deſideratur & conſenſus, *l. 1. Digeſt. de pact.* Cæterum quod in *dict. l. 40.* furioſo prodigus æquiparatur, id non ita abſolutè & ſimpliciter accipiendum puto: etenim prodigi aliquam voluntatem, iudicium aliquod & intellectum eſſe plurimiſque modis à furioſo differre, pluſquam certum eſt. Primo enim prodigus comparatur cum pupillo, *l. 9. §. ſed et ſi ei, ff. de rebus cred.* Itemq; cum minore in *l. 3. C. de reſtit. in integrum minorum.* Atqui pupillo eſt voluntas, adeo vt incōſulto etiam tutore ſtipulando ſibi aliuun obligari poſſit, *§. pupillus. 9. cum ſeq. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Et minor voluntatem & conſenſum animiq; iudicium habet, *l. 101 de verbor. obligat.* Deinde prodigus nouare poteſt, *l. 3. Digeſt. de nouat.* at furioſus non item. Iam vero nouare nemo poteſt, niſi intellectum, animiq; iudicium habeat, cum per conventionem ac ſtipulationem fiat nouatio, *§. præterea nouat. Inſtitut. quibus modis obligat. tollit.* hinc itaque ſequitur, prodigi aliquam eſſe voluntatem & aliquod animi iudicium, ad hæc prodigus, cui bonis eſt interdictum, poteſt adire hereditatem atque ex teſtamento alterius capere, *l. 5. ff. de acquir. hered.* at furioſus ex teſtamento capere & hereditatem adire non poteſt, *l. 47. ff. eod.*

Deniq; in furioſo eſt mentis impotentia: in prodigo verò non item, niſi ex legis interdictione, quoad bonorum alienationem, *l. 12. Digeſt. de tutor. & curat. dat. ab his* Quare quod furioſo ſimilis eſſe, nullamque voluntatem, perinde vt furioſus, habere dicitur, id ſecundum quid duntaxat, atque hactenus verum eſt, quatenus de bonis ipſius diminuendis, alienandis, obligandis, ac transferendis agitur: cum enim bonorum adminiſtratione ipſi ſit interdictum, *d. l. 40. de reg. iur. l. 6. ff. de verbor. obligat.* eaque curatori ipſius commiſſa ac demandata ſit, *tot. titul. de curat. furioſ.* non poteſt ipſe, ſine curatore de bonis ſuis quicquam diminuere; nec ha-

nec hactenus vllam voluntatem, vllum iudicium, aut vllam conſentiendi facultatem habere intelligitur: idque etiam ex eo colligitur, quod prodigus quatenus prodigus, hoc eſt, quatenus neque tempus, neque finem expenſarum obſeruat; ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profundit, aſſimiletur furioſo, *l. 1. princ. in verb. exemplo furioſi, Digeſt. de curat. furioſ.* & hactenus etiam contrahere, bonaque adminiſtrare deque illis diſponere prohibeatur. Alioquin quatenus conditionem ſuam reddit meliorem, atque in bonis ſuis, vt bonus paterfamilias verſatur, eatenus adminiſtratione bonorum ei non eſt interdictum, nec pro prodigo habetur, nec etiam furioſo aſſimilatur, idque eſt quod in *l. 3. Digeſt. de Nouat.* Pomponius ſcribit: *Cui bonis interdictum eſt, nouare obligationem ſuam non poteſt, niſi meliorem ſuam conditionem fecerit.* Et Vlpianus, *Is,* inquit, *cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit, tradere vero non poteſt vel promittendo obligari l. 6. ff. de verb. obligat.*

Quocirca ſic omnino ſtatuendum exiſtimo: Prodigus, quatenus paciſcẽdo de bonis ſuis diminuendis agit, pactionem non valere, nec magis eum, quã furioſum tenere, ſin vero pactione bona ſua augeat, efficaciter ipſum obligari. Sed priuſquam de hac quæſtione prolixius & ex profeſſo agamus, à quonã prodigo bonorũ adminiſtratione interdicatur inquiram'? Quæ quæſtio per quã difficilis & intricata eſt, nec tamen inutilis aut otioſa. Nam ſi ipſo iure atq; ſtatim ab eo tempore bonis prodigo interdictum eſt, quo bona ſua prodigere cæpit, tunc omnia, quæ à prodigo geſta ſunt, ex quib. ipſe prodigus quacunque ratione læſus eſt, nullius ſunt momẽti: ſi verò ſtatuitur, à prætore, ſiue magiſtratu demum bonis interdici, tunc omnia, ante iſtam interdictionem à prodigo geſta, & contracta, perinde rata ac firma erunt, acſi non à prodigo, ſed à quouis bono patrefamilias geſta eſſent. Recte proinde quæritur, anne prodigo ipſo iure, an vero à lege bonis interdicatur bonorumque adminiſtratio adimatur? Et quidem plerique in eam concedunt ſententiam, quod prodigo à magiſtratu demum bonis interdicatur; quorum hæc ſunt fundamenta.

Quæ. 36. An prodigo interdicatur ipſo iure bonis?

1. In *l. 10. ff. de curat. furioſ.* refert Vlpianus, Iulianum ſcripſiſſe; eos, quibus per prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis diminutio ſit interdicta: vnde perſpicuum euadit, quod prodigo per prętorem bonorum adminiſtratio auferatur.

2. Id quod etiam Triphonius in *l. 6. §. 1. eiuſdem titul.* diſerte confirmare videtur, quando in hæc verba ſcribit: *His conſequens eſt, vt etſi prodigo curatorem dederit pater voluntatem eius ſequi debeat, prætor eumque dare curatorem; ſed vtrum omnimodo, an ita, vt niſi pater aliquid teſtamento cauiſſet, prætor ei bonis interdicturus eſſet.*

3. Accedit, quod idem Vlpianus in *l. is, cui. 18. qui teſt. fac. poſſ.* de prodigi teſtamento ſcribit, id teſtamentum, quod interdicto prius fecerit, valere: quare etiam ante interdictum aliquando prodigus eſt; ſed hæc prodigalitas teſtamento non nocet, priuſquam interdictio à magiſtratu quoque procedat.

4. Præterea Paulus mulieri quoque luxurioſe viuenti, ait, bonis poſſe interdici, quamuis in lege tantum fiat mentio maſculorum prodigorum, addens, ex edicto in bonis curatoris prodigo quidẽ non dari hypothecam propter adminiſtrationẽ; ſed conſequi eum hoc priuilegium ex decreto *l. 15. ff. de curat. furioſo.*

5. Quin & Gaius in *l. 27. ff. de minor.* ſtatuit agnatos & adfines adoleſcentis nomine poſtulantis in integrum reſtitutionem audiendos nõ eſſe, quam ſi ex voluntate adoleſcentis poſtulent, aut eius vitæ ſit, vt meritò etiam bonis ei debeat interdici. Quo Gaius nihil aliud ſignificat, quã

quod aliquis poſſit prodigus eſſe, cui tamen nondum ſit bonis interdictum: atq; ita non ſtatim ex ipſa morū prauitate, decreto non expectato, iudicari bonis alicui interdictum; ſed ita demum, ſi magiſtratus, cuius illud eſt, decreuerit.

6. In *l 9. §. quoniam. & §. ſed etſi ff. de reb. credit.* oſtenditur eſſe aliquem reuera quidem prodigum ac bonorum dilapidatorem, cui tamen bonis non ſit interdictū: *Numeraui*, ait ICtus, *tibi ſordide & intemperanter vivēti, poſt tibi interdicitur bonis & mox à te numeratam prius pecuniam ſtipulor: quæritur, an & ex mutuo & ex ſtipulatione condictio nata ſit? Vlpianus affirmat ex numeratione quæ anteceſſit interdictum ortam eſſe certi condictionem ex ſtipulatione quæ ſecuta eſt, agi non poſſe tanquam inutili.*

7. In *l. his qui. 12. ff. de tut. & curat. dat.* dicitur, *à Divo Pio relatum eſſe, quod matris querelam de prodigis liberis admiſerit, iuſſeritq́, vt illi in cura eſſent:* atqui ſi ipſo iure prodigi fuiſſent boniſque eis lege interdictum eſſet, non amplius fuiſſet opus matris querela, nec digna vt ab Impp. admitteretur.

8. Confirmatur etiam hæc ſententia *c. veritatis extra de dolo & contumacia*, vbi notorium erat, Epiſcopum dilapidare bona Eccleſiæ, nullum modū, nullumq; finem expenſarum ſeruare: at Pontifex, eo non attento, decernit, prius hoc examinari, deinde re cognita bonis interdici fas eſſe.

9. Demonſtrat id ipſum quoq; formula interdictorum, quæ extat apud Plautum *libr. 3 ſent.* vbi *moribus*, ait Paulus, *per prætorem bonis interdicitur: quando tua bona paterna auitaq́, nequitia tua diſperdis liberosq́, tuos ad egeſtatem perducis ob eam rem tibi ea re commercioq́, interdico.*

10. Arguunt hoc etiam duo exempla apud Valerium Maximū Quinti Fabii Maxim. & Gaii Licinii, cognomento Hoplomachi: quib. à prætore bonis interdictum eſſe refert Val. Max. *lib. 3. c. 5. & lib. 8. c. 6.*

11. Deniq; cum res valde ſit ignominioſa magniq; præiudicii, bonis alicui interdici ac bonorū adminiſtrationem auferri. Sic etiā ob varias perſonarum, rerū, temporum, cauſarum ac facultatum circumſtantias iudicatu per quam difficile, quinam ſit prodigus, idcirco non videtur hoc opinioni ac iudicio vulgi permittendum, ſed de decreto magiſtratus diiudicandū.

Verum contraria opinio q̄ prodigo ipſo iure abſq; magiſtratus decreto bonis interdicatur, verior eſt ac hoc ſubſequenti argumento confirmatur.

1. Prodigo dicitur bonis lege interdici, *l. 1. ff de curat. furioſ. l. is cui 18. ff. qui teſtam. fac. poſſ l. 5. ff. de acquirend heredit. §. furioſi. Inſtit. de curat.* Atqui id demum lege fieri dicitur, quod ſola fit lege, nulla hominis facto interveniente, vt clare arguit *l. legitimos 5. princip. Digeſt de legitim. tutor.* In qua Vlpianus *legitimos tutores*, ait, *nemo dat; ſed Lex 12. tabb. fecit tutores*; in eodem ſignificatu L. 12. tabb. dicitur agnatos proximos curatores dare furioſo; non enim deſideratur hic opera magiſtratus; ſed ſola lex curatorem, abſque magiſtratus facto, conſtituit. Pari modo cum Lex duodecim tabb. dicitur hereditatem ab inteſtato deferre proximo agnato, non deſideratur hominis factum aut voluntas, qua hereditas ad proximum agnatum deuoluatur; ſed ipſo iure, excluſa hominis voluntate, hereditas deferri dicitur.

Reſpondent quidem ad hoc fundamentum Donellus, in *d. l. 1. de curat. furioſ.* cum cæteris concordantibus. In illis ius vetus proponi, quod nempe L. 12. tabb. fuerit inductum, verum manifeſte id corrigi ab Vlpiano in *l. 1. ff. de curat. furioſ.* vbi cum initio retuliſſet Vlpianus lege 12. tabb. prodigo bonis fuiſſe interdictū, ſtatim iuris huius veteris emendationē ſubiiciat: *Sed ſolent*, inquiens, *hodie prætores vel præſides, ſi talem hominem inueniunt, qui neq́; tempus, neque finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundit curatorem dare.*

Verunta-

Veruntamen quominus huiuſmodi legis emendationem admittam, hæ faciunt rationes. 1. Quod omnes iſtæ leges, quæ de interdictione bonorum à lege 12. tabb. facta, agunt in præſenti, non in præterito loquantur: *interdicitur*, inquiunt, *prodigo bonis*; non aiunt, *interdicebatur prodigo bonis*.

2. Quia *in verſ. ſed ſolent hodie.* Iuriſconſultus non de *interdictione bonorum*; ſed de *curatoris datione* expreſſè loquitur, adeoque *in princ. legis* & *verſ. ſed ſolent hodie*, de diuerſis atque ſeparatis agit; & conſequenter, quod in pr. de interdictione bonorum, à lege facta; proponitur; id *in d. verſ. ſed ſolent*, emendatur. Nec ad rem facit quod regerit Borcholt, interdictionem bonorum & curatoris dationem olim adeo fuiſſe connexa *l. 12. tabb.* vt vnum plane ex altero pependerit, ac proinde fieri plane non potuerit, quin vno mutato, alterum etiam non fuerit mutatum. Quocirca cum hodie non amplius prodigo ipſo iure & lege 12. tabb. ſed à prætore curator dari ſoleat, vt *in d. l. 1. ff. de cur. furioſ.* & *in §. furioſi. Inſtitut. de curator.* dicitur, conſequens ſit vt prodigo non amplius ipſo iure, ſed à prætore bonis interdicatur.

Reſpond. Nam poſito eo quod interdictio bonorum & curatoris datio fuerit olim inſeparabiliter connexa, non tamen inde ſequitur, quod cauſa efficiente vnius mutata, alterius quoque efficiens cauſa mutata fuerit: cum non ſit de natura connexorum, vt ex vna promaneant eademque cauſa: ſic enim licet furioſo ipſo iure bonis interdicatur *l. 1. l. 2. l. 5. l. 6. Digeſt. de curat. furioſ.* ei tamen non à lege, ſed à magiſtratu curator datur *§. 3. Inſtitut. de curator.*

Quare cum hæc reſponſio difficultatem incurrat, ſit etiam diuinatoria & in coniecturis poſita, placet aliis hoc modo ad textus à nobis adductos reſpondere: quando in illis dicitur prodigo lege interdici bonis, tum illud non hunc habere intellectum, quod à lege fiat interdictio ſine facto & cognitione magiſtratus; ſed quod ex lege, ſiue ex ſpeciali legis & iuris mandatu, prodigo bonis interdicat magiſtratus.

Sed hæc reſponſio ab aliis non immerito reiicitur: hæc quippe diuerſiſſima ſunt: lege aliquid fieri: & ex legis mandatu aliquid fieri à magiſtratu: prius enim hominis factum excludit, vt modo oſtendimus: poſterius vero non item.

Quod denique ad fundamentum noſtrum reſpondent: tum demum leges factum hominis nullum requirere, quando quid prorſus ſit iuris, vt nihil facti habeat: vbi vero ex facto eiuſque cognitione quid dependet ſecus eſſe, *l. 105. l. 85. §. fin. Digeſt. de R. Iur.* Hic autem neceſſaria ſit facti notitia ob eius varietatem & perplexitatem; hoc, inquam, ex eo ſatis refellitur, quod nos loquamur de eo, qui notoriæ eſt prodigus, cuiuſque prodigalitatis nullam omnino deſideret cognitionem; & conſequenter, de interdictione, quæ meri eſt iuris.

Non obſtat huic primum argumentum; vt nec ſecundum, tertium, quartum, quintum & ſextum, quod enim *in l. 10. & l. 16. § 1. Digeſt. de curat. furioſ.* dicitur, per prætorem bonis interdici prodigo. Quod item *in l. 18 Digeſt. qui teſtamenta fac. poſſ.* proponitur de prodigi teſtamento, quod prius ſit interdicto. Quod etiam *in l. 15. Digeſt. de curat. furioſ.* ſcribitur de muliere luxurioſe viuente, quod ex decreto bonis ei interdici poſſit.

Quodque *in d. l. 27. ff. de minor.* ſtatuitur tunc demum agnatos & adfines adoleſcentis luxurioſe viuentis, in integrum reſtitutionem petentes, audiendos eſſe, ſi eius vitæ ſit adoleſcens, vt ei merito bonis interdici debeat. Et quod denique *in l. nona. §. quoniam & §. ſed et ſi. Digeſt. de reb. credit.*

credit. mentio fit prodigi & dilapidatoris, cui tamen bonis interdictum non ſit. Id omne de prodigo, qui non eſt notorie prodigus, ſiue de cuius prodigalitate omnibus non conſtat accipiendum eſt: quamuis enim huic reuera bonis ſit interdictum à lege ex eo ſtatim tempore, quod dilapidare cæpit ac diſſipare bona ſua: quia tamen de interdictione hac non omnibus perinde conſtat, propterea, quod nec omnibus facultates eius ſatis ſunt cognitæ; idcirco decreto prætoris hoc caſu eſt opus, quo non tam bonis ei interdicatur, quam prodigus declaretur, eidemque bonis interdictum eſſe ſignificetur. Quod ſi autem de prodigalitate alicuius notorie conſtet omnibus; ſuperuacuum erit, eum quem prodigum eſſe ſuaque bona dilapidare ac diſperdere, omnibus conſtat, prodigum à magiſtratu declarari, eique bonis interdici: deinde quod prodigus proponitur ante interdictionem feciſſe teſtamentum, intelligendum hoc eſt per anaphoram ſic vt is, qui nunc prodigus eſt ante interdictionem, & priuſquam prodigus fieret teſtamentum fecerit.

Ad ſeptimum reſpond. *in l. his qui.12. ff. de tut.& curat dat.* non agi de interdictione bonorum, ſed de datione curatoris: etſi enim illic ipſa lege liberis prodigis bonis interdictum fuerit: quia tamen interdictionem iſtam ſpernebant, atque ea non obſtante, pergebant bona ſua profundere ac diſſipare, ideo de hac illorum prodigalitate conqueſta eſt mater petiitque non bonis interdici liberis, ſed curatorem illis dari.

Ad octauum reſpond. *Capitulum veritatis, ext. de dolo & contumacia* ad propoſitum plane non pertinere.

1. Quia epiſcopus, de quo ibi agitur, prodigus non fuit, vt qui non propria; ſed aliena, Eccleſiæ ſcilicet bona profuderit: at prodigus is eſt, qui in propriis bonis modum expenſarum non tenet; ſed bona ſua diſſipando ac dilacerando profundit *l.1. Digeſt. de curat. furioſ.* Deinde quamuis Epiſcopus prodigus fuiſſet: non tamen notorie fuiſſet prodigus: tum, quod, vt in textu dicitur, publica duntaxat fuerit fama, Epiſcopum illum prodigum eſſe: tum etiam quod illic inquiſitio & cauſæ cognitio fuerit adhibita, quæ non in notoriis, ſed in obſcuris duntaxat adhiberi ſolet. Denique Epiſcopo *in d. capit. veritatis.* non fuit bonis interdictum; ſed ab officio fuit remotus, & quidem non ob ſolam bonorum Eccleſiæ profuſionem; ſed ob alia etiam crimina, vt ex textu liquido patet.

Ad nonum & decimum reſpond. Formulam interdictionis à prætore factæ, vt & exempla illorum, quibus à prætore bonis fuiſſe interdictum, apud Valerium Maxim. legitur, ad eum ſpectare prodigum, quem talem eſſe aperte & notorie non conſtat: huic enim decreto ſolere bonis interdici, iam ſupra conceſſimus.

Ad poſtremum reſpond. Illud ipſum quoque ſuperiori Donelli diſtinctione refelli: fatemur quippe fieri poſſe, vt de alicuius prodigalitate propter varias circumſtantias non liqueat; verum tunc noſmet ipſi cauſæ cognitionem & prætoris decretum deſideramus, quo non quidem bonis demum prodigo interdicatur, ſed per quod interdictio legis declaretur. Qu. 37.

An prodigus ex pacto ſuo & contractu ſine curatoris conſenſu inito, obligetur ſaltē naturaliter?

Prodigum, vt cui non ſolum bonorum adminiſtratione interdictum; ſed etiam, qui ſuper rebus ſuis contrahere diſerte prohibetur, non obligari ciuiliter, ſi ſine conſenſu curatoris contraxerit, dilucide probat *l.15. cui.6. ff. de V.O.* vbi Iuriſconſultus Vlpianus in hæc verba ſcribit: *Is cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit, tradere vero non poteſt, vel promittendo obligari: & ideo nec fideiuſſor pro eo interuenire poterit.*

Sed

Sed vtrum naturaliter ſaltem, ſi non ciuiliter obligetur, quæſtio difficilis eſt & perplexa? Exiſtimarim vero, ſaluo aliorum iudicio, prodigum nec naturaliter, nec ciuiliter obligari.

1. Quia *in d.l.15.cui.6.ff.de V.O.* Vlpianus expreſſe ſcribit: prodigum ex ſtipulatione adeo non obligari, vt nec fideiuſſor pro eo interuenire poſſit: at vero ſi naturaliter obligaretur; fideiuſſor vtique pro eo poſſet interuenire: cum fideiuſſor accedere poſſit non modo ciuili, ſed & naturali obligationi. §. 1. *Inſt. de fideiuſſor. l.8.§.1.& 2.ff.eod.*

2. Quia in ead. *l.6.in fine*, vt & *in l 40. huius tit.* prodigus expreſſe furioſo, quoad contractum & obligationem, comparetur: cui conſequens videtur, vt ſicut furioſus contrahere non poteſt, nec contrahendo obligatur *leg. 5. de Reg. Iur.* ita quoque prodigus ex contractu ſuo non obligetur.

3. Cui bonorum adminiſtratio eſt adempta, is non poteſt contrahere, ac contrahendo ſeſe obligare; cum bonorum adminiſtrationis pars quædam ſit ius contrahendi & obligandi.

4. Qui conſentire non poteſt, nec iudicium habet & intellectum, is non poteſt contrahere nec contrahendo ſeſe obligare *l 1.§.3. verſic. adeo vero. Digeſt. de pact.* Atqui prodigus non poteſt conſentire, cum de bonorum eius alienatione ac diminutione agitur, vt qui non magis velle, quam furioſus poſſit *l.40.de R. Iur.* Non obſtant huic.

1. Quod prodigus, cum integræ adhuc & ſanæ ſit mentis, poſſit conſentire, ex conſenſu vero naſcatur naturalis obligatio *arg. l.1.ff.de pact.*

Reſpond. primo enim negatur, prodigum, quando de alienandis, obligandis, & diminuendis eius bonis agitur, conſentire poſſe, vnde & furioſi, vel eius, cui bonis interdictum eſt, nullam voluntatem eſſe diſerte ſcribitur *in d.l.40.* Etſi enim ſanæ adhuc & integræ ſit mentis, intellectum etiam habeat ac conſenſum, quoad adminiſtrationem tamen bonorum ſimilis furioſo habetur; vt non magis: quam ipſe velle & conſentire poſſit. Præterea vt quis contrahere atque ex contractu obligari poſſit, non ſufficit, quod conſentire valeat per naturam: ſed requiritur inſuper, vt bonorum ſuorum habeat adminiſtrationem, cum obligatio etiam naturalis, ſit vinculum iuris, quo neceſſitate obſtringimur ad aliquid dandum vel faciendum *pr. Inſt. de oblig.* Non obſtat deinde, quod interdictio bonorum prodigo facta, ſit ciuilis ſolum, & politica, ac proinde naturalem obligationem impedire nequeat, *arg. §. penult. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* in qua dicitur; naturalia iura eſſe immutabilia & §. *vlt. Inſt. de legitim. agnat. tutel.* vbi Iuſtin. Ciuilis ratio ciuilia quidem iura corrumpere poteſt: naturalia vero non vtique.

Reſpond. Interdictio ſiquidem hæc bonorum non mere ciuilis eſt; ſed naturali quoque ac gentium iure nititur, quod ſuadet, homini tam petulanter in res ſuas graſſanti ac naturalem liberalitatis parſimoniæque legem violanti bonis interdici, eorumque adminiſtrationem prodigo auferri ac curatori demandari.

Non obſtat inſuper, quod prodigus pupillo magis comparetur, quam furioſo: pupillus vero naturaliter obligetur.

Reſpond. Nam. 1. Prodigus æquiparatur pupillo in acquirendo, non etiam in amittendo *l.3. Digeſt. de nouat. l. 6. de V. oblig.* Furioſo autem in amittendo. Cuius ratio ſupra quoque expoſita fuit: hæc nempe quod prodigus, quatenus bona ſua augere ſtudet & amplificare non exiſtimetur prodigus, nec hactenus bonis ei interdictum cenſeatur *l.1. Digeſt. de curat. furioſi.* Deinde ſi pupillo comparatur tum ſicut pupillus non obligatur naturaliter,

Digitized by Google

ſine tutore contrahens, niſi in quantum factus eſt locupletior, prout demonſtratum fuit ſupra; ita nec ipſe prodigus, ſane ſi ſuam conditionem reddiderit meliorem, quin hactenus obligetur, dubium plane nullum eſt.

Non aduerſatur denique quod fideiuſſor dicatur pro prodigo interuenire & obligari *in l. Marcellus. 25. ff. de fideiuſſor.* in qua Vlpianus ita: *Marcellus ſcribit, ſi quis pro pupillo ſine tutoris authoritate obligato, prodigoue, vel furioſo fideiuſſerit, magis eſt vt ei non ſubueniatur*, &c. Fideiuſſor autem non poſſet interuenire pro prodigo, niſi & ipſe prodigus obligatus eſſet *d. §. 1. Inſt. de fideiuſſ.*

Reſpond. Quando enim *in d. l. 25.* proponitur pro prodigo obligato interueniſſe fideiuſſorem, id de prodigo ante obligato, quam bonis ei interdiceretur prodigusque exiſteret, accipiendum eſt. Non vero de prodigo poſt interdictionem demum & poſtquam reuera prodigus extitit intelligi poteſt, propter textum expreſſum *in d. l. 6. ff. de V. O.* In qua expreſſe dicitur, prodigum ex eo tempore, quo prodigus eſſe cæpit, non poſſe obligari, nec pro ipſo ſeſe tunc obligante interuenire fideiuſſorem poſſe. Niſi fortaſſis hoc modo quis reſpondere malit; prodigum exemplo furioſi *in l. 46. de O. & act.* non quidem ſuo ex contractu obligari; ſed tunc obligari, cum ex re obligatio deſcendit. Eoque caſu pro prodigo, ex re obligato, interuenire poſſe fideiuſſorem.

RESOLVTIO THESIS Sexta.

Lit. A. PRohibetur porro lege paciſci maritus cum vxore & vice verſa, ſi pactum donationis cauſa fiat, ſic, vt vxori aliquid vel marito ex liberalitate remittat, aut dare promittat. Quoniam donatio eſt regulariter inter virum & vxorem prohibita *tot. tit. Digeſt. & Codic. de donat. inter vir. & vxor.* Sic enim & in genere contractus inter coniuges valent, ſi donationem & liberalitatem nullam ſapiant, vt perſpicue colligitur *ex l. 20. & l. 21. Digeſt. de in rem verſ. l. 12. de praeſcript. verb. l. 78. §. 3. Digeſt. de iure dot. l. 5. §. 5. ff. de donat. int. vir. l. 11. & l. 21. Cod. de SC. Velleian. l. 18. Digeſt. quae in fraud. credit.*

Sane in quibus caſibus donatio inter virum & vxorem permiſſa eſt, iiſdem quoque caſibus pactionem, donationis cauſa factam, valere, dubium nullum eſt.

Sed ſi ſtatutum ſit, vel conſuetudo, vt viro & vxori communia ſint bona, durante & conſtante matrimonio acquiſita, anne tum valeat conuentio inter coniuges, qua vxor renunciat lucro ex adquiſitione per maritum facta vel facienda, prouenienti, quæſtio eſt: affirmat Autor noſter ſecutus Cunonem *in d. tract. de pact. cap. 6. num. 121.* quoniam cuilibet permiſſum eſt iuri & fauori ſuo, pro ſe introducto, renunciare *l. penult. C. de pact.*

Sed conſiderare illud debuiſſet Autor noſter quod huiuſmodi pactum renunciatorium incideret in donationem, quæ inter virum & vxorem eſt prohibita: ac proinde pactum huiuſmodi ſuſtinere non poſſet.

Si cum extraneo mulier paciſcitur non valere pactum, ait Autor noſter, obſtante SC. Velleiano, quo effectum eſt ne fideiubere & intercedere poſſit pro alio fœmina. *l. 1. & tot. tit. Digeſt. ad SC. Velleianum.* Lit. B.
Si vero cum marito paciſcitur tum pactum ipſo iure eſſe nullum, quia fideiuſſio vxoris pro marito ipſo iure eſſe nullum, quia fideiuſſio vxoris pro marito ipſo iure nulla ſit *Nouell. 134.* Sed quomodo hoc ad rem faciat & ad propoſitum quadret, ſane non video: Mulier enim cum viro paciſcens, pro ipſo non poteſt dici intercedere, ſeu fideiubere.

Illud facile largior, quod hodie pleriſq; in lo-

in locis fœminæ ſine curatoris aut agnati proximi conſenſu contrahentes, non obligentur, quia plerorumque locorum ſtatuta adminiſtrationem bonorum liberam mulieribus ademerunt: id quod ſupra quoque de iure prouinciali territorij Saxonici ſatis oſtenſum fuit.

Lit. D. Qu. 38. *An ſerui paciſci poſſint?*

Seruos ex ſua perſona paciſci non poſſe, aſſerit Autor noſter; ſed ne aſſertio iſthæc tollerari poſſit valde vereor, propterea quod ſerui, etſi iuris ciuilis cõmunionem non habeant, ſed, ratione eius, pro nullis & mortuis habeãtur *l. quod attinet. ff. de R. Iur.* iure tamẽ naturali eiuſdẽ conditionis cũ liberis cenſentur *d. l. quod attinet.* atqui pacta ſeruari & placita cuſtodiri ex naturali iure deſcendit *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtitut. pecun.*

2. Hinc ſerui naturaliter ex cõtractibus obligari dicuntur *l. 14. ff. de obligat. & Act.* Ex contractibus autem ciuiliter non obligantur; ſed naturaliter obligantur & obligant.

3. Et in *13. pr. ff. de condict. indeb.* expreſſe aſſeritur, ſeruum obligari naturaliter: *Naturaliter*, ait Paulus, *etiam ſeruus obligatur, & ideo ſi quis nomine eius ſoluat, vel ipſe manumiſſus ex peculio cuius liberam adminiſtrationem habeat, repeti non poterit, & ob id & fideiuſſor pro ſeruo acceptus tenetur & pignus pro eo datum tenebitur.*

4. Idemq; in *l. 64. eod. tit. de cond. indeb.* Triphoninus quoque confirmat.

5. Et contractus pactique à ſeruo initi, mentionem facit Iulianus in *l. 9. & 10. ff. pro empt.* vt ita ſeruus à iure paciſcendi non videatur remouendus.

Non obſtat quod ſeruus amittat iura gentium *arg. l. 4. ff. de ſtatu hom.* nam id de iuregentium primævo, quo omnes homines æquales ſunt, quodque ius naturale dicitur, accipiendum non eſt *d. l. quod attinet, ff. de R. Iur.* Atqui hoc iure ſuſtinẽtur pacta conuenta, vt modo demonſtraui: nec refragatur præterea quod ſeruus obligari nequeat *l. 22. pr. ff. de R. Iur. l. 43. ff. de oblig. & Act.* nam hoc de obligatione ciuili, quæ per excellentiam obligatio dicitur *pr. Inſt. de oblig.* non autem de obligatione naturali intelligendum, per textũ expreſſum in *d. l. 14. ff. de oblig. & Act.*

Non obſtat denique quod dicitur ſeruus ex perſona domini ius ſtipulandi habere *pr. Inſt. de inut. ſtip.* nam ſtipulari ſua ex perſona nequit, cum ſtipulatio iuris ciuilis ſit: paciſci vero poteſt, quia pactũ eſt iuris naturalis, cuius communionem ſeruus habere dicitur in *d. l. 32. de R. Iur.* Deinde idcirco ſtipulari ſua ex perſona non poteſt, quia ſtipulatione hoc agitur, vt aliquid detur aut fiat: at ſeruo aut dari aut fieri nihil poteſt.

Atque hoc intellecto, Autor ipſemet generalem ſuam aſſertionem limitando quodammodo reuocat, dum id quod dixerat ſeruum paciſci non poſſe, ita demum procedere ait, ſi pactum vel legitimum ſit, vel pactum de non petendo: quorum illud idcirco ſeruus facere non poteſt, quia legitimum pactũ lege ac iure ciuili confirmatum & ciuile effectum eſt *l 6. ff de pact.* Hoc vero quia cũ ſeruus nihil habeat, pprij, inutiliter paciſceretur ne à ſe petatur. Sed ita nulla erit differentia inter deportatum & ſeruum, quam tamen Autor initio conſtituerat: cum & deportatus, vtpote iure ciuili priuatus *l. 17. de pœnis*, legitimum pactum facere nequeat. niſi fortaſſis dicas differentiam remanere quoad pactum de non petendo: ſed & hoc adhuc valde controuerſum eſt vtrum poſſit iniri à deportato, vt cuius bona fiſco vindicentur.

Qu. 39. *An deportati poſſint paciſci & vtrum libertatẽ?*

Verum tamen eſt quod deportatus poſſit paciſci, cum paciſcendi facultas ex iure gentium deſcendat *l. 1. & 7. ff. de pact.* Deportatus vero habeat communionem iuris illius gentium *l. 17. ff. de pœnis*, vbi in hęc verba ſcribit Marcianus: *Item quidem* ἀπόλιδες *ſunt, hoc eſt, ſine ciuitate, vt ſunt in opus publicum perpetuo dati, & in inſulam*

deportati, vt ea quidem quæ iuris ciuilis ſunt non habeant: quæ vero iuris gentium ſunt habeant.

Equidem ex eo fundaméto, quod deportati amittant ea, quę ſunt iuris gentiũ, vt qui in ſeruitutē redigantur, exiſtimat Autor noſter, dubitari de deportato poſſe anne paciſci valeat: veruntamen ratio iſta dubitandi, perpenſis iis, quæ paulò ſupra ſunt adducta, exigui eſt momenti: nam poſito eo, quod ſeruus efficiatur deportatus, non tamen paciſci propterea prohibetur, quoniam & ſeruum paciſci poſſe demonſtratum eſt.

Sed tamen vtrumne deportatus libertatem amittat videamus? & quod amittat initio dicendum videtur.

Sic n. Calliſtratus in *l. 5. ff. de extraordin. cognit. Conſumitur,* inquit, *exiſtimatio quotiens magna capitis diminutio interuenit, id eſt, cum libertas adimitur: veluti aqua & ignis interdicitur, quæ in perſona deportatorum venit. vel cum plebeius in opus metalli & in metallum datur.* Quibus è verbis duplex argumentum petitur: Calliſtratus enim deportationem ad magnam, ſiue maximam capitis diminutionem atque ad eandem, ad quam & damnationem in metallum, refert, quæ maxima eſt *§. 1. Inſtit. de cap. dim.* Atqui maxima capitis diminutione libertas tollitur & ciuitas *d. §. 1.* Igitur & deportatione: ſecundo magnam definit capitis diminutionem: quia libertas adimitur, eiuſq; exemplum ſtatim & incontinenti ſubiicit aquæ & ignis interdictionem, quæ in perſona deportatorum veniat; ex quo neceſſario ſequitur deportatione quoque libertatem tolli.

2. Accedere huic videtur & Modeſtinus in *l. 4. § fin. ff. de gradibus & adfinibus.* in qua ita ſcribit: *Is cui aqua & igni interdictum eſt, aut aliquo modo capite minutus, vt libertatem & ciuitatem amitteret & adfinitates & cognationes omnes, quas antea habuit, amittit.* Vult proinde Modeſtinus, aquæ & ignis interdictione, quæ in perſona deportatorum accidit, *d. l. 5.* libertatem ſimul & ciuitatem amitti.

3. Confirmat denique & hanc ſententiam non parum quod deportati, perinde vt ſerui, pro mortuis habeantur *lege ſi ita ff. quand. dies legat. l. 1. §. vltim. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul. leg. 4. §. penultim. ff. de bonis libert.* cui videtur eſſe conſequens deportationem non mediam, ſed maximam eſſe capitis diminutionem, eamq; non ciuitatem duntaxat, ſed libertatem quoque tollere.

Sed his nihil moti, conſtanter ſtatuēdum videtur, deportationem non eſſe capitis diminutionis maximæ ſpeciem, nec libertatem adimere.

1. Probat hoc inprimis Iuſtiniani teſtimonium in *§. minor. 2. Inſt. de capit. diminution.* quo in loco ita ſcribit: *Minor ſiue media capitis diminutio eſt, cũ ciuitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei cui aqua & igni interdictum eſt vel ei, qui in inſulam deportatus eſt.*

2. Et Paulus in *l. 5. princ. ff. eod. tit. de capit. diminution* amiſſione ciuitatis fit capitis diminutio, in aqua & igni interdictione. Aquæ & ignis vero interdictioni deportatio ſucceſſit, ideo & hæc ius ciuitatis ſolum perimit ſalua manente libertate.

Non refragatur huic adducta lex *5. §. conſumitur, ff. de extraordin. cognit.* nam illic ſub magna capitis diminutione & maxima & media comprehenditur *l. 1. §. ſi filius. ff. de ſuis & legitim.* & aquæ & ignis interdictio mediam reſpicit capitis diminutionem: damnatio vero in metallum, ſeu opus metalli reſpicit maximã capitis diminutionem: textus quippe obſcurus ſecundum qualitatem & habilitatē ſubiecti intelligendus eſt, & talia debent eſſe prędicata, qualia permittuntur eſſe à ſuis ſubiectis. Sic etiam nec alterum illud refragatur, quod ſecundum Calliſtratum, aquæ & ignis interdictio, ſiue deportatio liber-

libertatem tollit & ciuitatem: libertas enim duplex eſt, vna iure naturali competens, quam omnes omnino habent homines natura: altera cōpetens iure Quiritium, quæ non omnibus gentibus eſt communis, ſed ciuium Romanorum propria: hinc iuſtam & plenam libertatem conſequi dicebantur, qui manumiſſi fiebant ciues Romani §. *fin. Inſtitut. de libertin.* Hinc Cicero in *Orat pro Cæcinna.* *Qui ait, poteſt iure Quiritium liber eſſe is, qui in numero Quiritium non eſt?* Et hinc aperte Seneca eam libertatem, quæ ex iure naturæ eſt diſtinxit ab ea, quæ ex iure Quiritium deſcendit *lib. 3. nat. quæſt.* his verbis: *Quid eſt præcipuum? inprimis liberum animum habere, hac res efficit, non è iure Quiritium vt ſit liber, ſed ex iure naturæ*: Cum itaque ſic duplex ſit libertas, naturalis & ciuilis, ſiue Romana; quarum illa quidem eſt naturalis facultas faciendi, quod cuiuis homini licet: hæc vero facultas faciendi ſolum ea, quæ facere licet ciuibus Romanis; vt iuſtum facere & ſolenne teſtamentum §. 3. *Inſtit. de teſtam. ordin.* iuſtas contrahere nuptias *princ. Inſtit. de nupt.* idcirco nomine libertatis Calliſtratus vtrumque complexus eſt, ita vt interdictione aquæ & ignis, quæ mediam reſpicit capitis diminutionem, ciuitas Romana, & per conſequens libertas iure ciuitatis Romanæ competens adimatur: damnatione autē in metallū, ſeu opus metalli, quæ, vt dixi, maximam reſpicit capitis diminutionem, non ſolum ciuilis & Romana, ſed naturalis etiam libertas tollatur.

Diſplicet quidem Ræuardo hæc conciliatio, propterea quod inde ſequeretur maxima capitis diminutione tolli ciuilem duntaxat, non etiam libertatem naturalem: quandoquidem vnam intellexerit Calliſtratus libertatem, atque illā eandem, quam ſeruis pœnæ adimit, deportatis quoq; adimere videatur.

Reſp. Verum comparantur quidem ac cōferuntur inuicem damnatio in metallum & deportatio in *d. l. 5* quod libertatem in genere; ſed non quoad ſpeciem libertatis; ſicut deportatione quidem æque tollatur libertas, atque damnatione in metallum; ſed non eadem libertas in ſpecie. Et ita malim cum Duareno, Vulteio, Goueano & Cuiacio reſpondere, quam cum Ræuardo & alijs *d. l. 5.* textum emendare.

Non obſtat porro *l. 4. § fin ff de gradib. & affinib.* nam ibi aquæ & ignis interdictio confertur cum maxima capitis diminutione, qua & libertas & ciuitas adimitur, in eo ſolum, quod tam hac, quā illa & affinitates tollantur & cognationes: nec ſub capitis iſta diminutione qua & libertas adimitur & ciuitas voluit Modeſtinus aquæ & ignis interdictionem comprehendere, cum hanc ab illa aperte diſtinxerit, vt probat particula *Aut* disiunctiua.

Non denique refragatur quod deportati, perinde vt ſerui, pro mortuis habeantur: non enim ſimpliciter mortuis comparantur, ac mortuorum loco habentur deportati, vt ſatis oſtendit *l. 17. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell. leg. 13. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. leg. 59. §. 1. ff. de condit. & demonſt.* Deinde licet deportati conueniant in quibuſdam cum ſeruis, exinde tamen non ſequitur deportatos eſſe ſeruos. Conueniunt in eo deportati cum ſeruis, quod ſicut ſerui amittunt ea, quæ iuris Quiritium ſunt *l. 32. ff. de R. Iur.* ita quoque deportati eadem perdāt, ac proinde ratione horum, non minus ac ſerui pro mortuis habeantur. Ex eo tamen male infertur deportationem eſſe maximam capitis diminutionem & naturalem libertatem tollere; cum ius ciuitatis, & quæ exinde dependunt, non minus media, quam maxima capitis diminutione amittantur. §. *minor. Inſtit. de capit. dimin.*

Neminē alteri paciſci poſſe & paciſcē-

Lit. E. Qu. 40. *An quis alteri, præſertim ſanguine iũcto paciſcendo acquirat?*

do obligationem acquirere iuris expediti eſt: ſic enim Ictus in *l. quo tutela 73. §. fin. ff. de R. Iur.* Neque paciſcendo ait, neq; ſtipulãdo quiſquam alteri cauere poteſt.

Et in l. *38. §. alteri ff. de Verb. oblig. & § 4. Inſt. de inutil. ſtipulat.* dicitur alteri neminem poſſe acquirere obligationem & actionem, ſoli excipiuntur illi, qui in poteſtate noſtra ſunt. Eodemque pertinet *l. 11. ff de Oblig & act.* in qua dicitur: *Quæcunq; gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona obligationis initiũ ſumant, inanem actum noſtrum efficiunt; & ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere contrahere vt alter ſuo nomine recte agat, poſſumus.*

Quam ſententiam vſque adeo veram eſſe iudico, vt nec coniunctæ perſonæ quiſquam vel ſtipulari, vel paciſci & ſtipulando, aut paciſcendo vllam obligationem acquirere valeat: nam in *d. l. 38. §. alteri ff. de Verb. oblig.* ponitur regula, quod nemo alteri poſſit acquirere & excipiuntur ab iſta regula ſoli illi, qui in noſtra sũt poteſtate. Quæ exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis.

Idem quoque patet ex *l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* in qua pater filio emancipato, ſiue, quod idem eſt, extraneo conſtituto, ſtipulatus actionem acquirere non potuit, quam legem non ſolum de directa ſed de vtili quoque actione exaudiendã, perſpicue oſtẽdi in *d. tract. de pact. c. 4 q. 4*

Confirmat hoc ipſum quoque haut obſcure *l pactum dotale C. de pact conuent.* vbi diſerte negatur, matrem ſtipulando liberis dotem, non potuiſſe ſtipulatione ipſis actionem acquirere.

Idemque aliis textibus & fundamentis iuris perſpicue demonſtrari poteſt, quæ vide in *d q. 4.* vbi etiam ad contraria Cuiacij, Borcholdi & aliorum fundamẽta prolixe reſpondi.

Amplius nec maritus vxori, nec vxor marito paciſcendo aut contrahendo obligationem vel actionem acquirere poſſunt: id quod luculẽter docet *l. 6. C. ſi quis alteri vel ſibi.* in qua ita Impp. *Si vero ab initio negocium vxoris gerens comparaſti nomine ipſius, empti actionem nec illi, nec tibi quæſiſti dum tibi non vis, nec illi potes.*

Regula proinde generalis eſt, quod exceptis illis perſonis, quę in poteſtate sũt, alius alteri acquirere nequeat, quæ regula fundatur in *l. 1. C per quas perſonas nob. acquir. & d l. 38. ff. de Verb. oblig.*

Lit. D. Qu. 41. *An pater filio tanquam heredi poßit acquirere paciſcendo?*

Pater tamen filio acquirit, ſi ipſi, vt heredi, paciſcatur, vel ſtipuletur quod diſerte expreſſum in *l. 33. ff. de pact.* cur pater filio abſolute paciſci non poſſit, & paciſcendo obligationẽ acquirere, ratio hæc eſt, quod filius pro vna perſona cum patre habetur, & ideo quod pater filio ſtipulatur, id ſibi ſtipulari & acquirere cenſeatur: *Et vero, qui iuri tuo ſubiectus eſt, ſi ſtipulatus ſis, tibi acquiris, quia vox tua, tanquã filij vox ſit, ſicuti & filij vox tanquam tua intelligitur in his rebus quæ tibi acquiri poſſunt,* inquit Imperator in §. 4. *Inſt. de inutil. ſtipulat.* At cur filio, tanquam heredi paciſcendo acquirat pater, ratio eſt iſta, quod heres pro vna perſona habeatur cum defuncto, vt qui defunctum repræſentet; adeoque heredi paciſcens non alij, ſed ſibi ipſi paciſci cenſeatur.

Qu. 42. *An ſi plures habuerit heredes vni poßit paciſci?*

Quin & tunc cum pater plures habet ſucceſſores & heredes vni ex illis pacto proſpicere poteſt, ſic vt aliis non cõſulat.

Hoc enim expreſſis atque dilucidis verbis ſcribit Celſus in *l. Auus 33 ff de pact. Quippe*, inquiens, *heredi conſuli conceſſum, nec quicquam obſtat vni tantum ex heredibus prouidere, ſi heres factus ſis, cæteris autem non conſuli.*

Et in *l. 10. ff. de pact. dotalib.* ſcribit Pomponius: *Quippe heredi noſtro cauere conceſſum eſt: nec quicquam obſtat, quominus certæ perſonæ, ſi heres erit ſibi, caueri poßit, quod non idem in cæteris quoque heredibus caueatur.*

Ratio autem huius minime obſcura eſt, ſi enim, in ꝓpoſito obligatio cæteris

acqui-

Digitized by Google

acquiritur heredibus, tum aut per patrem acquiritur, aut per alium extraneum: at non acquiritur per patrem, quoniam ille neque ſibi, neque illis pactus eſt, nec etiam illis acquirere voluit, non etiam per extraneum, quoniam nunc oſtenſum eſt, extraneo per extraneum obligationem acquiri non poſſe: igitur cęteris hæredibus, quos pacto non eſt complexus pater, nulla acquiritur obligatio.

Et quanquam veriſſimum ſit atque indubitatum, quod omnes obligationes, tam actiuæ, quam paſſiuæ ad omnes tranſeant peræque heredes proportione ſcilicet hereditaria, etiam inuito eo, ex cuius perſona originem habuerunt *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 2. & tot. titu. C. de hered. act. leg. 1. & 2. Cod. ſi vnus ex pluribus hæredibus.*

Hoc tamen ad propoſitum nihil confert: nam facile largior, per pactum non poſſe effici, vt vniuerſæ actiones & obligationes in vnum duntaxat ex heredibus tranſeant, vel vt non tranſeant: hoc ſiquidem pactum eſſet legi 12. tabb. contrarium, ſed hoc ſaltem in propoſito per pactum effici dicimus, vt vni ex heredibus conſulatur, acquiſita ei per pactum de non petendo exceptione aliqua, quæ cæteris non acquiratur; per quã exceptionem actio elidatur quæ contra hunc heredem, cui pacto proſpectum fuit, intentatur.

Obſtare tamen videtur *l. continuus. l. 37. §. vltim. ff. de verb. obligat.* in qua dicitur, ſi quis vni è futuris heredibus ſtipulatus ſit aliquid dari, id non acquiri poſſe vni; ſed omnibus pariter heredibus acquiri.

Sed quinam verus ſit huius legis ſenſus, oſtendi in *d. tr. de pact. c. 4. q. 7.*

Quocirca firmiter tenenda eſt hæc ſententia, poſſe aliquem vni ex heredibus ſoli paciſci & pacto conſulere.

Cæterum Giphanius ſtatuit ac ſerio contendit, neminem poſſe ſoli heredi paciſci, ſic vt non etiam ſibi paciſcatur, tum quia regula eſt actionem ab herede incipere non poſſe *l. 8. Cod. Theodoſ. de diuerſ. reſcript.* tum quia ex huiuſmodi pacto, quo quis ſoli heredi ſuo paciſcitur, ne quidem exceptio hæredi acquiritur *l. 17. §. 3. ff. de pact.* tum quia quibus in locis dicitur ſtipulatione defuncti actionem acquiri heredi, in omnibus illis de ea agitur ſtipulatione, qua quis non ſoli heredi, ſed hæredi, & ſibi ſtipulatus, vel pactus fuit.

Sed hæc ſententia tollerari non poteſt, quia vt dictum eſt, defunctus cum herede pro vna perſona habetur, ſic vt in herede viuere cenſeatur, & ideo ſuo heredi ſtipulatus, cenſeatur non alij, ſed ſibi ipſi ſtipulatus *argu. §. 4. in fine Inſt. de inutil. ſtipulat.*

Nec obſtat prædicta regula, quod actio ab hærede incipere non poſſit: nam illa expreſſa Iuſtiniani conſtitutione in *l. vnic. Cod. vt actiones ab hered. ſublata eſt.*

Nec ad rem magis facit *dict. l. 17. §. 3. de pact.* qui loquitur de eo pacto, quo quis ſibi ſoli eſt pactus, hæredis perſona nominatim excluſa: vide quæ dixi in *d. tract. cap. 4. q. 8.*

Veriſſimum itaque videtur, defunctũ proſpicere poſſe vni hæredi ſiue ei ſoli paciſcatur, ſiue ei paciſcatur adiuncta ſua perſona.

Exiſtimat tamen Autor noſter eſſe hic diſtinguendum inter ea, quæ facti ſunt, & ea quæ ſunt iuris, ita vt quoad ea, quæ ſunt facti, poſſit vni ex hæredibus conſuli, ſic vt cæteris non etiam proſpiciatur: at quoad ea, quæ iuris ſunt, non poſſit vni conſuli, vt non conſulatur quoque cæteris.

Quæ ſententia nititur *l. 1. 37. §. fin. ff. de verb. obligat.* vbi Venuleius expreſſe diſtinguit inter dandi & faciendi ſtipulationes, vt dandi ſtipulatio omnibus pro-

ſit hæredibus: faciendi vero ſtipulatio non omnibus proſit heredibus, ſed vni ſaltem in ſtipulatione nominatim comprehenſo.

Cui textui accedit etiam ratio, quod ſcilicet factum perſonale ſit, nec ad heredes tranſeat, proinde nec ſtipulatio, nec pactum in quod factum deductum eſt.

Addit Cuiacius & iſtam rationem, quod eorum quæ iuris ſunt obligatio à defuncto & in defunctum cœperit: obligatio autem, quæ in defuncto vel à defuncto cœpit, & l. 12. tabb. neceſſario inter hæredes diuidatur pro hereditarijs portionibus.

Veruntamen ſuperiorem diſtinctionem inter pactum dandi & faciendi, ſeu inter pactum in quo ius verſatur, & pactum in quo factum continetur, non arbitror ſuſtineri poſſe, quia Iuſtiniani noua conſtitutione expreſſe ſublata eſt in *l. veteris C. de contrahend. & comm. ſtipulat.* vbi cauet Iuſtinianus, ſtipulationes faciendi non minus ad heredes & ſucceſſores trãſmitti, atque ſtipulationes faciendi, atque ita veterem legem, quæ iſtam introduxerat diſtinctionem è medio tollit. Et quanquam Donellus iſtum textum, admodum perſpicuum, diſtinctione aliqua eludere conetur, quam parum tamen iſta diſtinctio ad rem faciat, oſtendi in *d. c. 4. q. 9.*

Secunda ratio non obſtat: pactum enim faciendi olim perſonale fuit, ſed hodie amplius perſonale non eſt, ſed Iuſtiniani conſtitutione effectum eſt reale *d. l. veteris.*

Vnde etiam hodie obligatio faciendi & in defuncti perſona initium capit & ad hæredes tranſmittitur, prout diſerte cautum eſt in *d. l. veteris.*

Lit. G. Etſi vero pater vni ex heredibus ſuis pacto cauere & conſulere valeat, in dubio tamen id feciſſe non præſumitur, quoniam quiſque præſumitur omnibus ſuis liberis ac heredibus peræque fauere, eodem amore, eademq; affectione eos proſequi & complecti, & pariter omnibus bene conſulere & proſpicere velle.

Ab hac deniq; regula, qua dicitur neminem poſſe alteri pacto acquirere, obligationem & ſupra monuimus, excipi eos qui in noſtra ſunt poteſtate, quos excipiendos monet hic Author noſter; exceptionis iſtius fundamentum eſt, in *l. 38. §. alteri de V. O. §. Alteri 4. Inſt. de inutil. ſtip. l. 17. §. fin. & l. 18. ff. de pact. l. 1. C. per quas perſon. nob. acquir. & paßim.*

RESOLVTIO THESIS *Septima.*

CVM omnibus paciſci permiſſum eſt, cum quibus iuriſgentium communio eſt: ſiquidem pacta iuriſgentium ſunt *l. 1. & l. 7. ff. de pact.* proinde dubium non eſt, quin cum exteris & peregrinis paciſci non ſolum liceat, ſed pacta quoque cum his inita, ſanctè & inuiolabiliter ſunt cuſtodienda. *Lit. A.*

De HOSTE vero ecquid dicendum? *Qu. 43.* De hoc quippe dubitari video, anne cum eo patiſci liceat, pactumque cum eo initum ſeruari debeat? Et quidem quin liceat? *An cũ hoſte paciſci liceat?* Princeps, vel Reſpublica aut Dux belli, qui nomine principis vel Reipublicę bellum gerit, ex pacto cum hoſte inito, efficaciter obligetur, dubium plane nullum eſt. Expreſſe enim hoc oſtendit [illegible]*6. ff. de pact.* vbi publicum dicitur illud pactum, quod duces belli inter ſe faciunt; & de hoc nonnihil dictum fuit ſupra in *theſi 2.*

Sed vtrum priuatus cum hoſte pactum facere poſſit, initumque ſeruare teneatur quæſtio eſt haut exigui momenti?

Et ſane Vdalricus Zaſius, magni nominis Ictus, contra Eccium Theologum ſerio ſtatuit hoſti fidem à priuato datam, ſer-

ſeruari non debere, nec pactum cum eo initum, cuſtodiendum eſſe.

Mouit ipſum potiſſimum quod in iure noſtro aliquoties repetitum legitur, quod ius & fas ſit dolo in hoſtem & fallacia vti *l.25.ff. de capt. & poſtlim.* quodque dolus bonus ſit, ſi quis aduerſus hoſtem latronemue machinetur *l. 1. §. non fuit. ff. de dolo.* Item quod ad iuſtitiam nihil interſit, vtrum aperta pugna, an ex inſidijs hoſtem vincat *cap.3. cauſ. 23. q.3.* & denique quod nihil referat, quomodo captus ab hoſte reuertatur, vtrum dimiſſus, an vi & fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit.

Sed his & conſimilibus alijs argumentis non moueor vt Zaſio, Icto alias doctiſſimo, & merito ſuſpiciendo ſubſcribam.

Præterquam enim quod pactum ſit iuriſgentium *l.1.& l.7.de pact.* cuius iuris cum hoſtibus quoque communio eſt, *l.fi. ff.de legation.* diſerte quoq; Pontifex hoſti fidem datam ſeruari, pactumque cum eo initum, cuſtodiri iubet *c. Noli. cauſ.23. q.1.* Fides inquiens, *quæ ido promittitur, etiã hoſti contra quem bellum geritur ſeruari debet.*

Et Cicero 1.*de offic. ſi quid ſinguli,* inquit, *hoc eſt, priuati temporibus addicti promiſerint hoſti, eſt in eo fides ſeruanda.*

Et D. Ambroſius *lib.1.de offic.c.29.* etiam *in bello fidem & iuſtitiam ſeruari oportere docet, nec vllum decorum ſeruari debere, ſi fides violetur.*

Et in *lib.3. cap.10.* exemplo Ioſuæ, qui Iuſiurandum à Gabeonitis, fraude & mendacio extortum, ſeruarat, oſtendit fidem etiam perfidis & fraudulentis ſeruandam.

Et denique quod fides hoſti, à priuato etiam data, ſeruari debeat, euidentiſſime probat *l.21.ff.de Negot. geſt.*

Cæterum accurate hic diſtinguendum eſt inter dolum ſimplicem ac perfidiam: dolo ſiquidem vti in hoſtem licet, fide nondum data, atque hic dolus bonus dicitur: at poſtquam ſemel fides data eſt, dolo vti amplius non licet contra fidem datam; hic enim non ſimplex dolus, ſed perfidia eſt.

Deinde ſic demum cum hoſte paciſci licet & pactio inita ſeruanda eſt, ſi non vergat in detrimentũ & diſpendium Reipublicæ, ſi de re honeſta ac licita fiat: ſi enim aliter ſit facta, non valet ideo, quia & alias pactio duorum non debet lędere ius aliorum *l.27.§.4.ff.de pact. l.3.pr.ff.de tranſact.* nec ius publicum pactis priuatorum mutari aut violari poteſt *l.38.ff.de pact.* nec prætor ſeruat huiuſmodi pactum, quod ſit de re inhoneſta & illicita *l.7.§.aut prætor. ff. eod.*

Et quanq̃ pactum vi etiam & metu hoſtis extorſerit, illud tamen nihilominus ſeruãdum eſt, quia vis hæc iuſta eſt & metus iuſte & legitime iureq; publico & gentiam permittente, incutitur, vide quæ de hac quæſtione prolixe ſcripſi in *d.tract. de pact.c.3.q.16.*

TRANSFVGIS quoque, hoc eſt, ijs qui ad hoſtes deficiunt inq; eorum numerum ſeſe conferunt, pactio ſeruari debet: tum quia cum illis iuriſgentium adhac communio eſt: nam etſi ius ciuitatis amittant, ius tamen gentium retinent *l.5. §.1.ff.de capit. minut.* at iuſgentium pacta tuetur eaque ſeruari iubet *l.1. l.7. ff. de pact. l.1. ff. de conſtit. pec.* tum quia cum hoſtibus licet paciſci, illiſque pacta ſeruari debent, vt ſupra oſtenſum fuit: transfugæ autem loco & numero hoſtium habentur *dict. l.5. §.1. ff. de capit. minut.*

Quæſt.14. An transfugis ſit pactio & fides data ſeruãda?

Hæretico fidem ſeruandam eſſe, nec pactum cum eo initum violari debere, veriſſimum eſt, nam ſi licite fides hæreticis datur & pactum cum illis initur, illicite vtique frangitur. Atqui ex omnium confeſſione, licite fides hæreticis datur: illicite proinde frangitur.

2. Eſt præterea & cum hæreticis iuriſgentiũ cõmunio, quod ius pacta cuſtodiri

placi-

placitaque ſeruari præcipit *l.1.de pact. & l.1.de conſt.pecun.*

Nec reſiſtit nobis, quod ei, qui fidem datam non ſeruat, fides ſeruari non debeat: hæreticus vero fidem non ſeruet Deo. Ipſi perinde fides data ſeruari non debeat.

Reſp. Committitur enim fallacia æquiuocationis quæ latet in vocabulo fides: nam in maiori fides politica, ſeu fides in rebus politicis ac ciuilibus data: in aſſumptione vero accipitur ꝑ fide Theologica: præterea maior intelligenda eſt de eo tantum cui fides data eſt violata, hic non tenetur eidem qui fidem violauit fidé ſeruare: at non propterea & alius quiuis ob fidem alij violatam, perfido fidem violare poteſt.

Qu.45. *An latroni ſit fides ſeruãda?* De LATRONE conſimiliter dubitari ſolet, anne pactum cum eo initum ſeruari oporteat?

Et ſane Bodino videtur negatiua tuenda, pro cuius etiam defenſione producit rationes prima fronte admodum ſpecioſas: veruntamen haut ſatis prægnantes ad fundamenta iuris euidentiſſima euertenda.

Etenim prædoni de ſpolio depoſito datur depoſiti actio *l.1.§.ſi prædo.39.ff.depoſiti l.31.§.1.eod.* & de commodato, actio commodati *l.64.ff.de iudic.l.16.ff.commod.* & de ſpolio oppignerato actio pigneratitia *l.22 §.2.ff.de pign.act.*

Et cum nullibi interdictum ſit cum prædone & latrone paciſci, nec vſpiam pactum cum eo initum, vt illicitum reprobetur, dicendum eſt, licite cum latrone paciſci quemque poſſe & pactum ſeruare debere.

Obſeruandum tamen eſt, quod cum latronibus ac prædonibus ſic demum valeat pactum, ſi ſit de re licita & honeſta, nec in cuiuſquam detrimentum vergat: hactenus quippe latrones non conſiderantur vt latrones & prædones, ſed vt viri boni, eo quod ſe legib. & magiſtratui ſubijciant: at pacta de re illicita & in honeſta ac Reipub. detrimẽtoſa paciſci cum illis minime licet, nec pactum huiuſmodi ſeruari debet, non quia cum latrone ac prædone ſit initum, ſed quia eſt per ſe inhoneſtum & illicitum, quod nec cum alio quam prædone, inire liceret *l.7.§.ait prætor. ff.de pact.*

Nec obſtat quod cum interficere liceat prædonem, multo magis liceat eidem fidem datam frangere, pacta conuenta violare, cum plus ſit interficere, quam fidem frangere.

Reſp. Argumentum quippe hoc plane à ſeparatis procedit: nec verum eſt, quod quem licet occidere eidem liceat pactum violare & fidem datam frangere: cum & legitimo hoſti, cum quo bellum geritur, quique impune occidi poteſt, fides data ſeruanda ſit, vt proxime fuit oſtenſum. Quin etiam latronem inſidiantem, ſic demum licet occidere impune, cum quis aliter periculũ effugere non poteſt §.*iniuria.Inſt.de L.Aquilia l.45.ff.ad L.Aquil.vide d.c.3.q.13.*

Quid vero ſi Latroni ſit precium pro capite promiſſum, anne huiuſmodi promiſſio erit obſeruanda? Qu. 46. *An preciũ pro capite latroni promiſſũ ſit præſtãdum?*

Non valere certum eſt: tum quia pactum vi & metu extortum nullius eſt momenti *l.7.§.ait prætor.ff.de pact.* Pactum vero, quo promiſſum eſt latroni pro capite precium, vi & metu extortum eſt. Nec officit quod diximus, pactum ab hoſte, vi extortum, eſſe ſeruandum: nam vis quam infert hoſtis legitimus hoſti, legitima eſt, ac iure belli & gentium licita: vis autem à prædone & latrone illata, eſt illicita omni iure: tum etiam quia tale pactum, quo precium latroni pro capite promiſſum eſt, ſaluti & vtilitati Reipubl. manifeſte aduerſatur, cum hæc efflagitet, vt prædo propter vim ſuaque latrocinia male meritus, dignus ſit non qui præmium maleficij ſui accipiat, aut lucro augeatur, vel in perniciem Reip. alatur, ſed potius

qui

Google

qui egeſtate publice laboret *l.31.ff.depoſiti.* tum quia pactum hoc eſſet contra bonos mores: bonis ſiquidem moribus aduerſatur, prædoni, tanquam prædoni, precium propter metum ac vim illatam, præſtare adeoq; facto ſuo vim iſtam & latrocinia approbare, latrones in perniciẽ Reip. alere, eoſdemq; ad latrocinia exercenda amplius inuitare.

Nec puto huiuſmodi pactum, accedente iureiurando ſtabiliri & confirmari vt mox generatim de omnibus pactis, legibus, honeſtari ac bonis moribus contrarijs, dicemus.

i Lit. B. De re porro quauis tam publica quam priuata paciſci licere, pactumque factum ſeruari debere, ait Author noſter: vnde principem ex pacto non ſolum cum hoſte de re publica inito, ſed etiam cum quouis priuato de re priuata facto, efficaciter obligari & ad obſeruandum illud teneri, concludit.

Et quod ad pactum principis cum hoſte initum attinet; quod ſit validum & principem obliget ſupra fuit oſtenſum; Non ſolum ex eo, quod cum hoſte ſit iuriſgentium communio, *l. fin. ff. de legat.* quod iuſgẽtium pacta ſuſtinet *d. l. 1. de pact. l. 1. de conſtituta pecunia.* Sed etiam quia generalis eſt regula, quod æquitati naturali nil magis ſit conueniens, quam pacta ſeruari *d. l. 1.* à qua regula pactum hoc principis, cum hoſte paciſcentis, non excipitur.

Accedit quod cum ducibus belli de re publica liceat cum hoſte paciſci *l. 5. ff. de pact.* ratio nulla ſit, quæ prohibeat principem efficaciter cum hoſte paciſci, cum maior ſit ipſius principis de bello deque re & vtilitate publica ſtatuendi poteſtas, quam ducis belli.

Et inſuper hoſti fidem ſeruari debere ſuo exemplo docuit Ioſua dux Iſraëlitarum, hic enim cum à Gabeonitis fraude circumuentus, fœdus feciſſet, quamuis non deeſſent qui contenderẽt fœdus initum ſeruandum non eſſe, noluit tamen dux religioſiſſimus à fide ſemel data & fœdere inito ad latum vnguem recedere: *Ne* inquiens, *Dei omnipotentis quem fœderis teſtem appellauimus iracundiam ciere videamur.* Quam grauiter denique fœdifragis Deus iraſcatur, clariſſime oſtendit exemplum regis Sedeciæ, qui cum pactum ac fœdus cum Nabuchodonoſare initum violaſſet, non ſolum ob id à Deo per Prophetam grauiter reprehenſus, ſed etiam captiuitate Babylonica punitus fuit. *Ezechiel. 17. v. 19.*

Qu. 46. *An liceat cum hoſte infideli paciſci ac fœdus inire?* Sed anne cum infideli hoſte paciſci ac fœdus iniri poſſit, maxime controuertitur: nec deſunt qui hoc ſimpliciter negent: ſed contraria affirmantium opinio verior mihi videtur.

Si enim infideli licet militare, modo iuſta ſubſit belli ratio, cur nõ poſſet infidelis viciſſim cõtra infidelẽ auxiliũ infidelis implorare: atqui prius cõfirmat D. Ambr. *c. 94. cauſa 11. p. 3. Iulianus,* inquiens Imperator, *quãuis eſſet Apoſtata, habuit tamen ſub ſe Chriſtianos milites, quib⁹ cũ dicebat, producite arma in Chriſtianos, tunc cognoſcebant Imperatorem cæli. Quo circa fœdus cum infidelibus inire prohibitum eſt.*

Quam ſententiam confirmant etiam exempla Sanctorum prope infinita, qui ope infidelium vſi ſunt aduerſus infideles ac cum infidelibus fœdera percuſſerunt: ſic enim Abraham fœdus iniit cum infidelibus regibus Eshol & Aner *Geneſ. 44. v. 13.* idem Abraham cum Abimelecho *Geneſ. 22.* Ioſue cum Gabeonitis. *Ioſue 9.* Dauid cum rege Philiſtinorum 1 *Sam. 27.* Salomon cum Pharaone *3. Reg. 3.* Iudas Maciabeus cum Romanis *1. Macab. 8.* Simon Sacerdos cum Spartanis & Romanis *1. Macab. 14.*

Quæ exempla ſanctorum Patriarcharum & Regum ſatis docere videntur: fœdera legitima, cum infidelibus percuſſa, Deo minime diſplicere.

Quod tamen ita procedere puto, ſi

bellum contra infidelem ſit ſuſceptum: tum contra fidelem infidelis auxilio & ope vti minime licet: ſi enim Paulus nos potius vult damnum & iniurias pati, quã vt tribunalia infidelium adeamus vbi cum fratribus litigemus; quanto minus licebit præſidio impiorum vti, quo ab alijs Chriſtianis, qui nos iniuſte premunt, eripiamur: atqui huc pertinet exemplum Aſiæ regis Iuda, qui cum miſiſſet aurum & argentum ad Benadat regem Syriæ, vt bellum contra regem Iſraël moueret, atque ſecum fœdus iniret *2.Reg.15.v.18.* grauiter fuit à Deo ob id reprehenſus. *2.Paralip.16.v.7.* Diſtinguendum præterea eſt inter pactum & fœdus, religionem concernens & inter fœdus de re Politica atque ad ſtatum Reip. pertinente, vt prius iſtud illicitum; poſterius vero ſit licitum, quatenus non fit in fraudem fidei & religionis. Nam cum infidelibus nulla debet Chriſtianis eſſe religionis, cultus & ſtudiorum atque operum, cum Euangelij conuerſatione pugnantium, communio: in rebus tamen externis & politicis conuerſatio cum incredulis nequaquam eſt illicita; adeo vt etiam ad eam fideles adhortetur Apoſtolus *1.Corinth.10.ver.27. Si quis vocat infidelium, quicquid apponitur vobis edite, nihil interrogantes propter conſcientiam.* Sic tamen cum infidelibus conuerſandum vt fide & moribus eos non ſequamur, nec impietatis iugum, vel in doctrina, vel in moribus cum ipſis ducamus, ſed potius, exemplo Chriſti, occaſionem captemus pia noſtra conuerſatione ipſos conuertendi.

Notandum etiam eſt, quod diuina iſta de non ineundis cum infidelibus fœderibus lex *Exod.34.Deut.7.* non ſit moralis nec naturalis, nec vniuerſalis, ſed politica ſolum & ad populum duntaxat Iſraëliticum reſtricta, deinde nec ad omnes infideles lex iſta pertinuit, ſed ad Chananæos saltem atque ad eos populos, quos Deus exitio deſtinarat & de facie terræ delere decreuerat; id quod ſatis euincunt exempla piorum & ſanctorum Regum, qui ſub veteri Teſtamento, quo tempore lex iſta adhuc vigebat, cum infidelibus fœdera percuſſerunt.

Attendendum inſuper eſt, ex euentu non ſemper de facto eſſe iudicandum: & ideo, etſi fœdera cum infidelibus euentum aliquando ſortiantur minus optatum, non tamen propterea illicita aut prohibita eſſe, quia & fœdera cum pijs ac fidelibus inita, malum ſæpe ſortiuntur exitum.

Poſtremo etſi nonnulla incommoda ſecum trahant fœdera cum infidelibus inita; periculum videlicet ſeductionis & occaſionem mutandæ religionis: non tamen propter ea ſimpliciter illicita erunt talia fœdera: nam conuerſatio cum incredulis eadem habet incommoda, nec tamen ideo interdicitur aut improbatur, ſed aperte conceditur, vt ſupra fuit demonſtratum. Caute proinde cum infidelibus conuerſandum ne ab illis ſeducamur, ſed vt illi à nobis conuertantur. Vide in *d. tractat. cap. 2. q. 4.*

Princeps porro cum priuato, vel etiam ſubdito paciſcendo obligatur firmiter, non minus atq; priuatus quiuis. Qu. 48. *An princeps cum ſubdito vel priuato paciſcendo obligetur?*

Etenim commutatiua Iuſtitia, quæ in contractibus & pactis dominatur, rerum duntaxat, non perſonarum rationem & reſpectum habet Weſenbec. *in paratitl. ff. de iuſtit. & iur.* proinde ex contractibus & conuentionibus non aliter princeps, atq; priuatus obligatur.

2. Deinde pacta & conuentiones ſunt iuriſgentium *l.7. princ. ff. de pact.* eaque ſeruari & cuſtodiri præcipit ius naturale *l.1. ff. de titul. & l.1. ff. de iuſtit. & iure.* Atqui hoc iure omnes homines tenentur *l. omnes populi. ff. de iuſtit. & iur.* nec, quoad illud, vlla eſt inter homines

nes differentia §. 2. *Institut. de iur. natur. gent. & Ciuil.* & ratione eius princeps non conſideratur, vt princeps, ſed vt homo, eidemque non dominatur, ſed ſubiectus eſt vt dixi in *diſputat. 1. theſi 6.*

Non igitur ad rem facit, quod princeps legibus ſit ſolutus: nam hoc de legibus mere ciuilibus ac poſitiuis intelligendum, non vero de legibus naturalib. accipiendum. At pactum ſeruare iubet, non lex aliqua mere ciuilis, ſed lex naturalis.

Quod autem dicitur contractus principis lex eſſe, id quomodo ſit accipiendum ſupra quoque oſtenſum fuit in *diſp. 2 theſi 1.*

Multo vero minus obſtat, quod ex plenitudine poteſtatis princeps poſſit ſubditis ius ſuum, etiam ſine cauſa, auferre *arg. §. ſed & quod principi Inſt. de iur. Nat. Gent. & Ciuil.* nam nec hoc ita ſimpliciter admittendum eſſe, ſupra fuit demonſtratum in *diſp. 1. theſi 5. lit. H.*

Et ſane, cum Princeps ne quidem ex plenitudine poteſtatis reſcindere valeat contractum & pactum initum à priuato cum priuato, ex quo hic illi obligatus fuit *l. 3. C. de reſcind. vendit.* multo minus poterit, vi poteſtatis illius abſolutę, Princeps contractum, ex quo ipſe obligatus fuit, reſcindere.

Qu. 49. *An princeps ex anteceſſoris ſui cõtractu obligetur?* Et denique quod Princeps, ſiue fiſcus in contractibus vtatur iure priuati, euidenter probant *l. 6. in fine ff. de condit. & l. 2. ff. de aliment. & cib. l. 6. ff. de iure fiſci cap. 1. de probat.* hinc quæſtio ſuboritur valde difficilis & intricata, vtrum ex principis anteceſſoris pacto & contractu obligetur princeps ſucceſſor & ad implendum cum cogi poſſit?

Mihi videtur diſtinguendum cum Authore noſtro, ita vt contractus, à principe de rebus ſuis patrimonialibus initus, ſucceſſorem principis non obliget.

Nam ex contractu defuncti, ſuper re aliqua ſua priuata & familiari inito, obligatur duntaxat, qui hæres defuncto exiſtit *l. 4. § heres. ff. de obligat. & act. §. heres. l. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.* at ſucceſſor regni non eſt defuncti regis & Anteceſſoris ſui heres: cum diuerſiſſima ſint hereditatem adire & ſuccedere in regno: aditio ſiquidem hereditatis priuatum defuncti patrimonium concernit: ſucceſſio vero hæc non ipſius patrimonium, ſed regnum atque Imperium ſpectat. Igitur cum ſucceſſor regni, quoad bona anteceſſoris patrimonialia, non habeat cauſam ab anteceſſore, non poteſt eius nomine grauari *l. ab eo. C. de fideicomm. l. 31. ff. de pignor.*

Cæterum contractus de bonis fiſcalib. ſiue Imperij ab anteceſſore initos ſucceſſor regni ſeruare & cuſtodire debet.

Siquidem qui contractus de re Imperij publica & nomine Imperij ac principatus ab eo fiunt, qui Imperio præeſt, non in perſonam, ſed in rem concepti intelliguntur: ac proinde, vt Imperium nõ moritur, ita quoque contractus iſti cum principe contrahente non euaneſcunt.

Maxime cum, vt eleganter ait Autor noſter, Imperium per principem contraxiſſe cenſeatur, quotiens nomine Reipublicæ Princeps contrahit; adeoque ipſum imperium ex huiuſmodi contractu obligatur & conſequenter is quoq; qui in imperium ſuccedit.

Hoc tamen cum iſta reſtrictione accipi debet, vt quod pactum ipſe Princeps reuocare & reſcindere potuiſſet, idé multo magis à ſucceſſore retractari queat: atqui reuocare poteſt Princeps pactum, ꝙ ad manifeſtum Imperij detrimentum ac præiudicium pertinet, quales ſunt immodicæ donationes; itemq; pacta de alienandis & transferendis Imperij facultatibus, cũ Imperatoris officiũ non ſit diminuere ſed augere potius Imperiũ, illudq; pro virili locupletare, prout alibi docuimus.

Digitized by Google

Nec ad rem facit, quod princeps ſucceſſor anteceſſoris ſui leges mutare poſſit *arg. l. 28. & ſeq. ff. de legib.* Igitur multo magis contractum & pacta, ab ipſo inita, reuocare queat: Reſp. Nam primo non temere, nec facile mutare & abrogare poteſt ſucceſſor anteceſſoris leges; cum omnis mutatio præſertim legum ſit periculoſiſſima: ſed ita demum ſi manifeſta Reipubl. flagitet vtilitas, vel ſumma poſtulet neceſſitas.

Deinde diuerſa ratio eſt legum & contractuum in propoſito: nam cum anteceſſor legibus à ſe latis non fuerit adſtrictus, ſed illarum pro vtilitate Reip. mutandarum ius & poteſtatem habuerit, conſequens eſt, nec ſucceſſorem ita obligari legibus anteceſſoris, vt illarum mutandarum poteſtatem non habeat, ſi vtilitas Reipub. flagitet. Ex pacto vero ita anteceſſor obligatus fuit, vt ab eo recedere, inuito altero non potuerit, ſed obſeruare illud & inuiolabiliter cuſtodire neceſſum habuerit.

Lit. C. De re priuata priuatos inter ſeſe paciſci, & paciſcendo efficaciter obligari poſſe, dubium non eſt, ſi modo res talis ſit, quæ in pactum deduci poſſit, nec quo minus deducatur honeſtas obſtet atque impediat.

Quæ. 50 *An pactũ de re turpi & inhoneſta ſit ipſo iure nullum?*

Hinc pacta, quibus turpe quippiam, aut inhoneſtum legibuſque prohibitum & illicitum factum promiſſum eſt, ſeruari non debent, nec pro vtilibus, ſed pro nullis atque infectis habentur.

Ita enim de ſtipulationibus (quæ, quoad hoc eandem cum pactis rationem habent) ſcribit ICtus Vlpianus in *l. 26. ff. de verbor. obligat. Generaliter nouimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.* Et Iuſtinianus in *§. 21. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, veluti ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet.

Itemque Dioclet. & Maxim. in *l. 4. C. eod. tit. Ex eo,* inquiunt; *inſtrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de ſucceßione futura interpoſita fuit ſtipulatio, manifeſtum eſt; cum omnia quæ contra bonos mores vel in pactum, vel in ſtipulationem deducuntur, nullius ſint momenti.*

Hinc quoq; Vlpianus ſocietatem eam nullius momenti eſſe pronunciat, in quam res turpiter & maleficio quæſita, fuerit deducta; *quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæſitum eſt in ſocietatem non oportere conferri palam eſt, quia delictorum turpis atque fœda communio eſt l. 53. ff. pro ſocio.*

Ratio autem huius hæc eſt quod rei impoſſibilis nulla ſit obligatio. *§. impoßibilis I. de inutil. ſtipulat.* atqui factum, quod bonis moribus, honeſtati atque legibus repugnat pro impoſſibili habetur *l. 5. ff. de cõdi. inſt.* proinde eius nulla erit obligatio.

Hinc quoque expreſſe Prætor in edicto iſta pacta ſe ſeruaturum pollicetur, quæ legibus non repugnent *l. 7. §. 7. ff. de pact.* indeq; Paulus: *Pacta, quæ turpem cauſam continent, veluti ſi paciſcar ne furti agam, vel iniuriarum ſi feceris*, nullius momenti eſſe pronunciat *l. 27. §. 4. ff. de pact.*

Nec refragatur quod de furto paciſci liceat *l. 7. §. 14. in fine ff. de pact.* nam non de furto faciendo, ſed de furto facto paciſci illic permittitur, ſicut etiam de criminibus publicis capitalibus iam admiſſis ac perpetratis pactio admittitur in *l. 18. C. de tranſact.*

Non refragatur etiam *l. 27. §. 3. ff. eod. tit.* in qua dicitur pactum ne depoſiti agatur valere, etſi reuera ac vi ipſa, pactum de dolo non præſtando ſit factum *d. §. 3.*

℞. Etenim expreſſa mentio doli inutile reddit pactum, non expreſſa non item: expreſſa ſiquidem nocent, non expreſſa non nocent *l. expreſſa 19. ſ. de reg. iur.*

Accedit quod interſit, vtrum pactum iſtud *ne depoſiti agatur* fuerit in initio contractus interpoſitum, an vero in fine, vt illo caſu nullius momenti ſit, quia dolum futurũ qui pacto remitti nequit, reſpiciat:

hoc

Hoc vero caſu ſubſiſtat, quia non tam dolus, quam actio doli eſt remiſſa.

Nõ aduerſatur inſuper *l.134.ff de Verb. obligat.* in qua ſtipulatio iſta, quæ ibidem dicitur non ſecundum bonos mores eſſe, non eſt ipſo iure nulla, ſed exceptione doli mali infringitur.

Reſp. Obſeruandum enim eſt, quod ſtipulatio, de qua illic agitur, nõ ſit directò inhoneſta vel bonis morib. cõtraria, quia per eã nemini contrahendi aut non contrahendi libertas directò adimitur.

Non ipſis ſtipulantibus ſiue contrahentibus, quia de ſuo matrimonio non paciſcuntur: nec illorum, de quorum nuptiis agitur, quia ſtipulatio inter alios interpoſita hos nõ obligat, nec quicquã illis præiudicatur: verũ oblique ſtipulatio huc pertinet, vt illis quodãmodo libertas contrahendi adimatur de quorũ matrimonio agitur, q̃a metuẽt liberi aut parẽtũ minas, aut ne illi in pœnam incidant.

Non denique repugnat *l.pen. ff de condict. ob turpam cauſam*, vbi is, qui id quod ex turpi cauſa promiſſum eſt, exigit, doli mali exceptione repelli dicitur.

Reſpondet enim ad hanc obiectionẽ Giphanius & Ferrettus, diſtinguẽdũ eſſe inter turpitudinẽ grauiorẽ & leuiorẽ, ſic, vt quæ pactio illa grauiori laborat turpitudine ea ſit ipſo iure nulla: quæ vero minorẽ turpitudinẽ cõtinet, ipſo iure ſubſiſtat, ſed doli exceptione infirmetur.

Probatur hęc diſtinctio primo per *l. 1. § 4. ff. de dolo*, vbi dicitur, ſi ſpeculatio adeo turpis ſit, vt ex ea nemo daturus ſit actionẽ. Quo ſubindicatur ſtipulationem interdũ non ita turpẽ eſſe, vt ex ea denegetur actio, vt ſi ſimplici dolo quis inducatur ad cõtrahendũ, deinde confirmatur hæc diſtinctio exinde, ꝙ in omnibus locis, in quibus pactio dicitur ob turpitudinem nulla, agitur de graui turpitudine, vt de homicidio, adulterio, furto, &c.

Diſtinguitur præterea inter turpitudinẽ expreſſam & tacitã, vt illa vitiet ſtipulationem; hæc non item: verum hanc Æmylius Ferrettus reiicit, quia nihil interſit inter expreſſam & tacitam turpitudinem. Defenditur autẽ à Donello & Giphanio: quia non poteſt proprie dici turpis ſtipulatio, quæ expreſſe nihil turpe continet. Vide in *d. tract c.5.q 10. vbi plura.*

Illis pactis, quæ vt turpes, non obſeruantur, non immerito annumeratur pactio inter aduocatũ & clientem de quota litis: hæc n. vt turpis, ac bonis moribus contraria, improbatur in *l.53. ff. de pact. Sũptus quidem prorogare litiganti honeſtum eſt, paciſci autem, vt non quantitas eo nomine expenſa, cum vſuris licitis reſtituatur, ſed pars dimidia eius, quod ex ea lite datũ erit, nõ licet.* Qu. 51. *An pactũ inter Aduocatũ & clientem valeat de quota litis?*

Cuius legis hic eſt ſenſus, Procuratorem vel Aduocatum clientis ſui aut domini, litigantis nomine ſumptus de ſuo in litem erogare, h. e. numerare, eoſque ſumptus vna cum vſuris licitis ſibi reſtitui ſtipulari vel paciſci poſſe. Quod ſi vero partẽ dimidiã eius, ꝙ ex ea lite datũ erit, pactus fuerit, pactũ cenſeri iniquum.

Idemque confirmatur in *l. ſi quis. 5. C. de poſtuland. l.20. C. de mãdato. l.15. C. de procurat. l.6. § fin ff. mandati.*

Et ſane ratio, ob quã huiuſmodi pactũ non valet, hæc eſt, ꝙ Procurator ſeu Aduocatus, qui hac lege & cõditione ad cauſam agendã accedit, ſi pactio ei ſeruatur, ſpe maioris lucri, quidvis factur⁹ ſit, quo aduerſariũ vincat; adeoq; pactio huiuſmodi cauſidicis calũnioſe litigãdi occaſionẽ præbeat & iis artib. ac ſtrophis veritatem oppugnãdi, quas homines in foro ac litibus triti, vt Plin. ait, vel nolentes ediſcũt.

Sed huic obiicitur, quod cum in vtrãq; partem par ratio ſubeſt dubij euentus, ſi in illum euentum fiat pactio, neuter lędi cẽſeatur *l.1 C. de pact. l.11. C. de trãſact.* Atqui litis euentus ſemper dubius & incertus eſt *l.1. ff. de tranſact. l.65 §.1. ff. de cõdict indeb.* Ergo tã facile eſt, vt pactũ de quota litis, à procuratore factum, ei noceat, quam vt illi proſit. Quid enim ſi lis amiſſa fuerit,

extorſioni, quā leges improbant, occaſio daretur. Quin etiā metueret ægrotus, ni aſſentiret medico moreq́; gereret & poſtulāti iniquum etiā ſalariū præſtaret, ipſe medicus malis vteretur pharmacis. At huiuſmodi pacta, metu extorta, improbant leges noſtræ *l.13. C. de tranſact.*

Et hoc etiam ſatis confirmari videtur *l. ſi medicus 3. ff. de extraord. cognit.* in qua in hæc verba Vlp. ſcribit. Si medicus cui curādos ſuos oculos, qui eis laborabat, cōmiſerat, periculum amittendorum eorū per aduerſa medicamenta inferendo cōpulit, vt ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam æger venderet: inciuile factum præſes prouinciæ coerceat, remque reſtitui iubeat.

Eodemque pertinet *l. Archiatri 9. Cod. de profeſſor. & medicis*, vbi Imperat. Valentin. & Valens, *Medicos*, inquiunt, *patimur accipere quæ ſani offerunt pro obſequijs, non ea quæ periclitantes pro ſalute promittunt.*

Et quanquā non deſint qui conſtitutionem iſtam reſtringendā exiſtiment ad medicum, cui ſalarium è publico conſtitutum eſt, vt quæ expreſſe de Archiatris concepta ſit: ratio tamen, qua nititur, cōſtitutio, generalis eſt atque huiuſmodi reſtrictionem reſpuit.

Non equidem inficior quin valeat pactum, ſi iuſtum & moderatum ſalarium non excedat: tunc enim ratio prohibitionis huiuſmodi aperte deficit.

Sicut & tunc pactum ſuſtinetur, quādo poſt recuperatam ſanitatem interponitur, quo tempore medicus non ſolum donata & honoraria ab ægro licite accipit, imo etiam exigit, cum iniquum foret ipſum cogi gratis curare.

Lit. D & E. *Qu. 54. An valeat pactū illegitimum ſi iuratū fuerit?*

Illud generaliter tenendum, pacta illegitima adeo nullius eſſe momenti, vt nec per iuſiurandum confirmentur; idq; nō ſolum in *l. 7. § 16. ff. de pact.* ſed etiam in *l. 112. § fin. de legat. & l. 5. C. de legib.* diſerte ſancitur ac conſtituitur: nec huiuſmodi iuramenta bonā cōſciētia obſeruari poſſe exiſtimo, ſiquidē magiſtratui, Dei miniſtro & legibus, ordinationi diuinæ, *c. 13. ad Roman.* repugnant, & ideo propter conſcientiam obſeruari non poſſunt *d. c. 13.*

Nec admittendum cenſeo iſtā Canoniſtarum diſtinctionem, qua aiunt, iuſiurādum eſſe ſeruandum, non vero actum iſtum illicitum & illegitimū conualidari.

Quomodo enim fieri poteſt, vt valeat iuramentum, nec tamen ſuſtineatur act⁹ iſte, ſuper quo conualidanda interpoſitū & iuramentum? aut quomodo actus iſte nullus eſſe poteſt; vt non etiam iuramentum nullum ſit atque inualidum. Sed de hac quæſtione memini me dixiſſe infra in *diſput. 11. theſ. 1.*

RESOLVTIO THESIS Octauæ.

Lit. A. Qu. 55. Anne pactū de futura ſucceſſione ei⁹, cum quo paciſcimur valeat?

PActis illegitimis annumeratur quoque illud quod fit ſuper futura viuētis hereditate: & primo quidem pactum huiuſmodi interponatur de hereditate illius cum quo pactum illud initur, non valere iſtud certiſſimum eſt.

Idq; ſatis arguit textus in *l. 15. C. de pact. & l. 3. C de collat.* vbi Impp. *Pactū*, inquiūt, *quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione quæ nubebat cum fratre heres patris ſui eſſet, neq; vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

Et in *l 61. ff. de verb. oblig. Stipulatio*, inquit, Ictus, *hoc modo concepta, ſi heredem me non feceris, tantum dare ſpondes? inutilis eſt: quia contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio.*

Et ſane idcirco eſt cōtra bonos mores, quia inducit votū alterius mortis, & præbet occaſionem inſidiandi vitæ alterius, cupiet enim, qui ſe bona certo habiturū eſſe ſcit illum decedere de cuius bonis agitur, vt eo celerius bonis potiatur, atq; etiam vitæ eius inſidiari magis audebit dum ſe id ſecure moliri poſſe intelliget

2. Huic

2. Huic accedit & iſta ratio quod hereditates pactis dari nequeant *leg. 4. C. de inut. ſtipulat. l. hereditas C. de pact. conuent.* At pactis darētur hereditates, ſi ex pacto huiuſmodi defuncto ſuccederetur.

3. Libertas inſuper teſtāti hac pactione homini libero adimeretur *d. l. 15. & d. l. 3.* At omnis conuentio, qua libertas teſtandi vel auffertur, vel reſtringitur, in iure noſtro improbatur.

4. Turpis deniq; eſt iſta pactio quæ repugnat reuerētiæ & honori, quem natura liberi debēt parentib. Si n. filius ſperabit ſe inuito patre, hereditatē habiturum, multa officia prętermittit tum erga patrē, tum erga fratres alioſq;, qui ad voluntatē patris pertinēt: ad quæ alacriores lōge eſſent liberi, quo iudiciū patris prouocarent, nec voluntatē eius alienarent.

Nec vero idem in teſtamētis obtinet. Nam ſi teſtator intelligat aduerſ⁹ ſe quid moliri heredem, poteſt voluntatem ſuā, quouis tempore mutare *l. 4. ff. de adimē l. legat.* Ad pactionem non item *l. ſicut Cod. de Oblig. & Act.*

Qu. 56. *An pactū ſucceſſorium iuratum valeat?*

Pactum porro iſtud vſq; adeo inualidū eſſe exiſtimo, vt nec iuratū valeat: Primo quia pactū, quod cōtra leges factum eſt, iureiurando non cōfirmatur *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 112. de legat. 1. l. 5. C. de legib.* Atqui cōtra leges ac conſtitutiones principum eſſe pactum, quod fit de futura hereditate, ſequitur itaque nec iuratum valere.

2. Deinde idcirco etiā talis iurata pactio non valet, quia eſt cōtra bonos mores & delinquendi occaſionem & anſam prębet: huiuſmodi autem iuramentum, bonis moribus contrarium, non debet obſeruari.

Non equidem ignoro bonos mores aliter à legibus & aliter à Canonibus cōſiderari, ſic vt contra bonos mores Canonicos ea duntaxat ſint, quæ natura improbantur & peccatum fouent peccatique ſuſpicionem inducunt, non etiam, quæ ciuili inſtituto improbantur.

Veruntamen hęc diſtinctio huc plane accōmodari non poteſt: tum quia pactū hoc, de quo agimus, naturali iure turpe eſt, & bonis moribus contrariū, vt quod occaſionem præbeat contra naturalē legem peccandi & dilinquendi, exoptandi videlicet & captandi mortem alterius, ac reuerentiam paternam pietatemq; iure naturali ac diuino præceptam, violandi: tum etiā quia quod contra inſtitutum ciuile eſt, cōſcientiam lædit, cū magiſtratui & bonis legibus ciuilibus repugnās grauiſſime cōſcientiam violet *c. 13. ad Roman.* vnde Canoniſtæ conſcientiæ hic conſulturi, grauiſſime conſcientiam lędunt: tū deniq; quia *cap. Non eſt obligatorium. de R. Iur. in ſext.* generale eſt, nec inter id, quod contrariatur bonis moribus iuris Canonici, & quod bonis moribus iuris ciuilis eſt contrarium, diſtinguit.

Non obſtat quod quicquid ſtatuto induci & repeti poteſt, id quoq; iuramēto fieri queat: Statuto vero induci poſſit vt valeat pactum de viuentis ſucceſſione cū eo ipſo initum, cuius eſt ſucceſſio: idem itaque iuramento quoque effici valeat.

Reſp. Nam falſū eſt, huiuſmodi valere poſſe ſtatutū; quia eſſet irrationabile, ſi delinquēdi occaſionē præberet & bonis moribus aduerſetur. Vide Petr. Gilck. *ad l. 15. C. de pact. n. 3. & ſeqq.*

Quanquā vero magna ſit vis iuramēti, eam tamē autoritatem non obtinet, vt id quod illegitimū eſt, adeoque pro infecto habetur, confirmet, multominus, vt id quod bonis morib⁹ aduerſatur ſuſtineat, cum tale iuramentum non habeat veri iuramenti comites, iuſtitiam & iudiciū *cap. Et ſi Chriſtus. extr. de iureiur.*

Sed vtrum tale pactum ſi fuerit reciprocum, ita vt alter paciſcentium alteri ſuccedat, validum ſit, porro quæritur? *Lit. B.*

Qu. 57. *An valeat pactū de futura ſucceſſione reciproca?*

Affirmat quidem Autor noſter indiſtincte, ſed contra omnium, vt puto ſententiam, contraque manifeſtiſſima iuris noſtri principia.

Proin-

Digitized by Google

Proinde diſtinguendum exiſtimo ita, vt huiuſmodi pactum de ſucceſſione viciſſitudinaria non valeat inter priuatos, valeat autem inter milites.

Sic enim aperte diſtinguit ipſe Imperator in *l. Licet. 19. C. de pact.* dum ita ſcribit: ***Licet inter priuatos huiuſmodi ſcriptum, quo comprehēditur, vt is, qui ſuperuixerit alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendat: tamen cum voluntas militum, quæ ſuper vltimo vitæ ſpiritu deq́; familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi iudicij obtineat, propoſuiq́; te ac fratrem ad diſcrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem eſſe pactos, vt ad eum qui ſuperſtes fuiſſet res eius, cui caſus vitæ finem attuliſſet, pertinerent: exiſtēte conditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principaliū prompto fauore firmatur) etiā rerum eius compendium ad te delatū eſſe.***

Quocirca pactū de mutua & reciproca ſucceſſione non valet inter priuatos, ſeu paganos, inter milites vero valet.

Idcirco autē non valet, quia occaſionē præbet captandi mortem & inſidias vitæ alterius ſtruendi: etenim veriſimile eſt vtrumq; maxime ſi auaritia, quæ mater eſt omnis mali teneatur, anxie expectaturū mortē alterius illamq; exoptaturum, & ꝓpterea vitæ alterius inſidiaturum, quo ſublato eo ad ſucceſſionem eius peruenire queat.

Et hoc eſt quod in *l. 11. C. de tranſact.* dicitur, valere tranſactionē ſuper fideicōmiſſo à patre inter duos filios dato, ſi alter ſine liberis exceſſerit vita, propterea quia tali tranſactione fratrum concordia conſeruetur remoto captandę mortis alteri⁹ voto improbabili, quod voto per fideicōmiſſum iſtud reciprocū inducebatur.

Atqui omnis pactio qua introducitur votum mortis alterius & occaſio vitæ ipſius inſidiandi præbetur, inualida eſt *l. fin. C. de pact.*

Nec obſtat huic ꝙ ſi tale pactum eſſet contra bonos mores, ita vt modo dictū fuit, tum ne quidē in militibus valere ac ſubſiſtere poſſet, cū hi, nō minus atq; pagani, bonis ſtudere moribus, omnéq; fugere delinquēdi occaſionem debeant.

Nam inter milites ſi valeret huiuſmodi pactū eo modo, quo inter paganos, ſine dubio bonis morib. repugnaret, ac cōſequenter in militibus non minus atq; in paganis illicitū foret: iam vero inter milites pactum hoc reciprocum non valet vt pactum, ſed valet vt vltima quædam voluntas, quemadmodum etiam diſerte in *d. l. 19.* Imperatores profitentur.

Et ſane plurimum intereſt vtrū huiuſmodi pactio valeat vt pactio, an vero tanquam vltima volūtas, qua conuētio quæ paciſcentem obligat, ſimul etiā libertatē mutandę voluntatis aufert: vnde periculum iſtud inſidiarum maxime fluit: at vltima voluntas mutabilis eſt ad extremū vſque vitę ſpiritum *l. 4. ff. de adimend. legat.*

Adde quod in militibus communis mortis fortuna & periculum tollat votū captandi mortem.

Et quod inter priuatos non valeat pactū hoc de reciproca ſucceſſione, etiam hac ratione probatur, quod huiuſmodi pactum teſtandi libertatem adimat: cum ſubſiſtēte eo pacto, nō liceret cōtra illud teſtari aliumque, quam eum cui hereditas promiſſa eſt, heredem inſtituere, cum pacta ſeruanda ſint, nec liceat vni, altero inuito, contra venire.

Cætera quæ pro cōtraria adducit ſententia Andr. Gail. *lib. 2. obſ. 126.* quibuſq; euincere conatur, quod pactum mutuæ ac viciſſitudinariæ ſucceſſionis, quo conuenit inter duos, vt alterutro ſine liberis mortuo, ad ſuperſtitem bona perueniāt, ſit validum, ea diſſolui i *d. tract. de pact. c. 5. q. 4.* vbi vide.

Sed vtrum pactum reciprocæ ſucceſ- Qu. 58.
ſionis valeat inter perſonas illuſtres, ve- *An valeat*
luti Principes, Comites, Barones & no- *tale pactū*
biles Imperij, quæſtio ſane eſt diſcuſſio- *reciproca*

 ne

Neceſſionis inter perſonas illuſtres?

ne digniſſima? Et quidem quod talis pactio mutuæ & reciprocæ ſucceſſionis, quod & confraternitatis **Erbuerbrüderung** appellatur, quo conuenit vt vter ſuperuixerit, is alterius rebus potiatur, nec inter perſonas illuſtres ſubſiſtat, videtur prima fronte dicendum.

Primo n. generali lege & ſanctione huiuſmodi pactio inter paganos interdicta eſt, ac ſolis militib. conceſſa in *l. 19. C. de legib* pactio idcirco iſta mutuę ſucceſſionis vtpote legibus Cæſareis cõtraria & ꝓhibita, nec inter illuſtres perſonas valebit.

2. Accedit ꝗ hæc pactio ſit turpis & bonis morib contraria, delinquendi etiã occaſionẽ præbeat: atqui illuſtres perſonæ non minus, quã priuati quiuis fugere debẽt, quæ bonis morib. aduerſãtur & ad delinquendũ inuitãt, imo magis hæc fugere quã priuati: tum ꝗ idẽ delictum cõmittẽdo grauius, propter offendiculũ ꝗ præbẽt, delinquere cẽſeantur, quã priuati; tum quia Iuſticia, vitæ honeſtate & innocẽtia aliis præire ac prælucere & ad ſui imitationẽ eos inuitare debẽt: tum deníque quia quod in priuatis turpe eſt, id in illuſtribus turpiſſimum eſt.

3. Aduerſatur præterea pactio de reciproca ſucceſſione, inter illuſtres interpoſitæ, quod hereditas pactis & contractibus relinqui non poſſit *l. 5. C. de pact. cõuent.* at tali pacto deferatur hereditas. Itẽ quod improbetur omne pactum quo libera teſtandi facultas alicui auferrur cõtra *l. Stipulatio hoc modo. ff. de Verb. Oblig. l. Ex eo. C. de inutil. ſtipulat.*

Sed his non obſtantibus recte Autor noſter concludit, quod tale pactũ de mutua ſucceſſione valeat. Et ita quoq; Franc. Hotomannus *conſil. 73. n. 33. & ſeqq.* Vdalricus Zaſius *conſil. 1. num. 28. & ſeqq. lib. 2.* Iaſon. *conſil. 5. volum. 3.* Andreas Gailius *2. obſeruat. 126.*

Confirmatur autem hæc ſentẽtia primo per *leg. 19. C. de pact.* vbi expreſſe inter PRIVATOS hanc pactionem valere negatur: cum igitur prohibitio iſtius legis ſit ſpecialis & de priuatis nominatim concepta, ſequitur aliud dicẽdum eſſe de perſonis illuſtribus *arg. l. 12. ff. de iudic.* maxime cum nuſpiam illis pactione iſta interdictum legatur.

2. Deinde in iſta cõſtitutione *d. l. 19.* Imperat. militibus cõcedit de mutua & reciproca ſucceſſione paciſci: atqui illuſtres perſonæ, veluti Duces, Comites, ſũt milites, *l. 2. Cod. de domeſt. & prot.* Ergo his quoq; pactio talis conceſſa intelligitur.

3. Deficiẽte ratione finali ꝓhibitionis, deficit quoq; & ceſſãt ipſa prohibitio; atqui Principib. Ducib. & Comitibus ceſſat atq; deficit ratio finalis, ob quam priuati ꝓhibentur de mutua ſucceſſione paciſci. Deficit itaque ipſa quoque prohibitio.

Aſſumptio inde patet, ꝗ ſuſpicio delinquendi, inſidiandiq; vitæ illius cũ quo pactum initũ eſt locũ non habeat in illuſtrib⁹ perſonis; quia in illis rectitudo clariori, quã in aliis, lumine præfulgent *l. Inter claras. C. de Sũma Trinit.* illæq; tales ſint quæ aliis iuſtitia, virtute ac vitæ integritate anteire debeant, atq; ob id ab iſtiuſmodi voto alterius mortis videantur eſſe quam alieniſſimæ.

4. Accedit quod cum principes eorũ numero cenſeantur, qui publicis iuris ſunt, nempe magiſtratuum Romani Imperij *l. 1. §. ius publicum. ff. de iuſtic. & iure* probabile ſit, eos non adſtringi his legibus, quæ propter priuatorum pactiones proditæ ſunt *arg. l. ius publicum 38. ff. de pact.* maxime cum per manus ſit traditũ, quod Principes & Comites in ſuo territorio tantum poſſint, quantum Imperator in imperio.

5. Ad hæc tantus eſt publicæ vtilitatis fauor, vt ea, quæ publicee vtilia ſunt, non includantur in his, quæ lege prohibẽtur vt eleganter docet Iaſon in *l. Cætera. §. ſed & ſi quis ff. de legat. 1. arg. l. hoc modo. ff. de cond. & demonſtrat.* Bart. in *l. quemadmodum C. de Agricol. & Cenſit.* Publica item vtilitas

præ-

præferri debet priuatæ *l. vtilitas. C. de Primipil.* bonum enim gẽtis melius eſſe quã bonum vnius, ait Philoſophus *lib. 1. Ethic.* & ea, quæ aliquo modo publice eſſent vtilia, cedunt iis, quæ maiorem continent publicam vtilitatem.

Atqui ad publicã vtilitatẽ ſpectare videtur pactio iſta fraternitatis de mutua ſucceſſione: quoniã inter Imperij Duces & Principes inducit arctiſſimã coniunctionem qua ſibi inſtar fratrum cõiungũtur, ac conſequenter conſeruat non vnã, ſed plures prouincias pacificas, pacemq; & cõcordiam inter Principes alit omneſq; perturbationes amouet atque excludit: ratio quippe communis & publici boni animum facit ceſſare maleuolum *l. iniuriarum §. is, qui § quæ iure. ff. de iniur.*

6. Conuẽtiones præfatæ principũ de mutua ſucceſſione, accuratiꝰ inſpectæ & diligẽtius cõſideratæ, habẽt naturã ſtatutorũ; ſũt n. ordinationes qbꝰ cõtinetur, quo vinculo vna domꝰ alteri nexa eſſe debeat; quo ordine ſit ſuccedendũ, qualiter pacis, qualiter belli tẽpore altera adſiſtere alteri; qua fide, quã dexteritate altera domꝰ alteriꝰ ſubditos regere, tueri debeat & alia id genꝰ, quę nemo pactionibꝰ priuatis, ſed publicis deputet cõſtitutionib.

Atqui ſtatuta per principes, circa modum ſuccedẽdi fieri poſſe, nemo eſt, qui neſciat, vt qui regalia habeant, meri & mixti imperij exercitium, Bartol. in *l. Omnes populi. ff. de Regib.*

7. Comprobatur deniq; hæc ſentẽtia exẽplis clariſſimis Imperij Romani: nam Dux Saxoniæ & Landgrauius Haſſiæ anno Chriſti 1373. pactũ fecerunt (quod hodie confraternitatem appellãt) vt qui eorum ſine liberis maſculis moreretur, eiꝰ ſuperſtes heres & ſucceſſor eſſet: hoc pactũ Carolus eius nominis IV. Imperator Romanus in Comitiis Imperij cõfirmauit. Rurſus anno 1433. Dux alter Saxonię; itemq; alter Landgrauius Haſſiæ ſimile pactum fecerunt, vel potius idem pactũ renouarunt, cũ exceptione tamen & reſeruatione decem millium florenorum, de quib. teſtari & diſponere poſſent Hoc pactum Sigiſmundus Imperator ſimiliter in Comitiis Imperij comprobauit.

Rurſum idem pactum renouatum inter eorum ſucceſſores anno 1457.

Conſimile fraternitatis & mutuę ſucceſſionis pactum eſt initum inter Ducẽ Saxoniæ & Marchionem Branaeburgẽſem vt ſuperſtes præmorẽti ſine liberis, ſuccederet, reſeruata facultate teſtãdi de 12. millib. florenorum, quod & ipſum a Carolo V. eſſe cõfirmatum teſtatur Philippus Decius *conſil. 654. vol. 4.*

Atq, talem Imperatoriã confirmationẽ, ait Gailius, neceſſariã eſſe quoad feuda Imperij, vt causâ cognitâ, perſpicuum fiat, an talia pacta & ſtatuta Imperio ſint futura nocumento eademq; fieri oportere cum certa ſcientia Cæſaris.

Quibus ita ponderatis non reſiſtunt, quæ ſupra in contrarium ſunt adducta: quod enim *d. l. 19.* non ſpectet ad illuſtres duplici fundamento obtinuimus primo, quod expreſſe loquatur de priuato: at Principes, Duces & Comites, itemq; Barones Imperij non poſſunt dici priuati. Secundo, quia eadem lex concedit militibus pactum eiuſmodi reciprocum: at Principes Imperij militum loco haberi, ſupra oſtenſum fuit.

Sed etiã ſecundũ non aduerſatur: quod enim pactio de reciproca ſucceſſione in illuſtribus non poſſit dici turpis, ex prædictis patet: ratio ſiquidem, quæ facit, vt in priuatis ſit turpis, ea manifeſte in illuſtribus perſonis deficit.

Non obſtat tertium argumentũ, quo dicebatur per pactum de ſuccedẽdo tolli liberam teſtandi facultatem.

Nam primo nõ tolli ſemper, ſed, ea ſalua, pactum huiuſmodi fraternitatis fieri poſſe, patet ex ſupra adductis exemplis, quibus aliqua certa pecuniæ ſumma excepta fuit, de qua teſtari liceret.

E. licet fraternitatis pactum auferret libe[illegible] facultatẽ teſtandi, nõ tamẽ reprobari hoc loco poſſet, poſtquã Imperator id ratum habet & comprobat: quoniam facultas teſtandi iure ciuili introducta eſt *l.3.ff.qui teſt.fac.poſſ. l. Moribus ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* vnde per Imperatorẽ in quibuſdam perſonis tolli poteſt *arg. l. Nihil. ff. de R.Iur.*

Deniq; nõ eſt infrequens, nec inſolitũ in iure, vt teſtamẽti factione homo liber ſe ipsũ priuare poſſit, non quidẽ principaliter & actu ad hoc ordinato, ſed tamẽ in cõſequentiã: vt exemplũ eſt in eo, qui ſe arrogari patitur, item in eo qui monaſteriũ ingreditur *Nou.5. & Auth.ingreſſi.C. de SS.Eccleſ.* Itemq; in eo, qui vniuerſa ſua bona, tam præſentia quam futura alij donat. Quocirca & hic mirum vel abſurdũ non eſt, ſi conſequentiam is, qui pactum huiuſmodi confraternitatis fecerunt, ſe teſtandi facultate priuent.

Qu. 59. *An pactũ mutuæ ſucceſſionis valeat inter coniuges?*

Pactum præterea hoc reciprocum inter coniuges quoque valere, ſtatuit communis fere Dd. ſchola, cui etiam ſubſcribit Andreas Gailius *2.obſ.126.*

Sed ſi non quæratur quid receptum, ſed quid verum ſit, non videtur hæc ſententia poſſe ſuſtineri.

1. Quia expreſſo textu *l.19.C.de pact.* ꝓhibetur talis pactio de mutua & viciſſitudinaria ſucceſſiõe, nec quiſquã à generali iſta ꝓhibitione excipitur, niſi milites in quib. pactio eiuſmodi nõ valet iure pacti, ſed iure teſtamenti: regula proinde iſta etiam ad coniuges extendenda eſt.

2. Accedit quod ratio, ob quam pactio iſta improbatur, etiam in coniugib⁹ obtineat: in iiſdem igitur & iuris diſpoſitio obtinere debet.

Verũ his rationib⁹ nihil motus exiſtimo pactum hoc de mutua & reciproca ſucceſſione inter coniuges valere.

1. Quia fauor matrimonij id mereri videtur.

2. Quia inter coniuges, inter quos arctiſſima coniunctio & amor feruentiſſimus atque ardentiſſimus intercedit, ſiniſtra iſta ſuſpicio captandę mortis alteri⁹, locum vix habeat, adeoque principalis & præcipua prohibitionis ratio, qua *d.l.19.* nititur in huiuſmodi deficiat pacto.

Nõ igitur quicquã ad rẽ facit *d. l.19.* quia etſi generalis videatur, nec ab ea pactum coniugum viciſſitudinariũ excipiatur expreſſe, ſufficit tamẽ rationẽ iſtius in præfato pacto deficere. Taceo quod conſuetudo ſoleat conſtitutionibus anteriorib⁹ derogare *l.32.ff.de ll.§.penul.Inſt.de iur. nat. gent. & ciuil.* eaſdemq; interpretari. Quare conſuetudo hodie recepta, qua inter cõiuges pactum mutuæ ſucceſſionis admittitur, derogat *d. l.19.* eamque de alijs, quam coniugũ pactionib⁹ interpretatur.

Secundo argumento iam ſatisfactum eſt, dum demonſtratum fuit, quod ratio *d.l.19.* quæ in voto mortis alterius fundatur, in coniugibus deficiat.

Si inter duos de tertij alicuius hereditate & ſucceſſiõe fit pactũ an valeat quæritur: & quidẽ ſi tertius iſte ſit incertus, vt ſi de hereditate, quæ proxime alterutri fuerit delata, vel cõmunicãda vel cedẽda pactũ fuerit interpoſitum, dubium plane nullum eſt, quin valeat & ſubſiſtat pactũ effectumq; ſortiatur: ſiquidem eiuſmodi conuentione non inducitur votũ captãdæ mortis alterius, nec præbetur occaſio inſidiandi vitæ illius, de cuius hereditate pactum eſt factum, vtpote qui plane incertus ſit. *Lit. C.*

Qu. 60. *An valeat pactio de tertij alicuius adhuc viuẽtis, ſed incerti hereditate?*

Hinc in *l.3.§.de illo ff. pro ſocio.* dicitur valere pactio hoc modo facta, vt ſi qua hereditas ad te peruenerit, mihi ſit cõmunis, nulli⁹ ſcilicet certi hominis deſignata hereditate: & quanquam Petrus Gilckenius hãc *l.3.* per *d.l.fin. C.de pact.* abrogatam eſſe cenſeat; contrarium tamen perſpicue, vt ſpero, à me demonſtratum fuit in *d.c.5.q.3.*

Nec ad rem facit, quod conſtitutio *d. l. fin.* prohibens pactum de futura ſucceſſio-

ceſſio-

ceſſione, ſit generalis, nec diſtinguat quicquam, vtrum certus ſit is de cuius hereditate pactum fit,an incertus.

R. Ratio enim illius l. fin. oſtendit luculentiſſime quod cōſtitutio ad eos pertineat, qui de hominis alicuius certi hereditate paciſcuntur: quin & diſtinctio quæ ibidem adhibetur, vtrum videlicet conſentiat an non conſentiat is de cuius hereditate pactio initur ad alium, quam ad hominem ſpectare non poteſt.

Non refragatur etiam quod & ideo prohibeatur pactio de viuentis ſucceſſione, quia ea nulla eſt nec vſpiam in rerum natura exiſtit. Item quod impium ſit de viuentis hereditate eſſe ſollicitum *l. 2. §. interdum de vulg. & pupill. ſubſtitutione l. 27. §. à Patre. ff. ad Trebell.* Item quod hæreditas pactis dari nequeat.

Reſpond. Nam rationes hæ non ſunt Principales, nec præcipuæ, ob quas pactio de futura ſucceſſione ſit prohibita; vera ac principalis ratio in *dict. l. fin. Cod. de pact.* exprimitur, quam in propoſito ceſſare, ſupra oſtendimus: at principali ratione ceſſante, deficit quoque & ceſſat diſpoſitio iuris, etiamſi reliquæ minus principales cauſæ locum adhuc obtineant.

Et quod ad primam rationem, quod hereditas viuentis, quantumuis incerti hominis, in rerum natura non ſit, ea non impedit, quo minus de hereditate illa pactio fieri poſſit, cum conſtet, etiam id quod non eſt, futurum tamen eſt recte legari & ſtipulatione promitti, veluti fructus anni ſequentis §. 7. *de legat.*

Secunda ratio, quod impium ſit de viuentis hereditate cogitare & ſollicitum eſſe, ad hereditatem hominis duntaxat certi ſpectat, non vero ad hominis incerti hereditatem & ſucceſſionem accommodari poteſt.

Sic & tertia ratio impertinens eſt, quoniam hic non pactis datur hereditas, ſed in eum caſum, quo delata fuerit, transfertur duntaxat.

Non aduerſatur denique quod perfacile lex circumueniri poſſet, admiſſo de incerti hominis hereditate pacto, ſi nempe paciſcentes de hereditate hominis incerti loquerentur, ſentirent vero de hominis certi alicuius hereditate: aut ſi Notarius de incerti hominis hereditate ſe ſcripſiſſe diceret, vt inſtrumentum valeret cum partes de certa perſona tractaſſent.

Reſp. Verum fraus in nemine præſumitur, non ſane in Notario, inſtrumentum publicum conficiente. Si de tertij alicuius viuentis, & certi hominis hereditate pactio fiat, quin inutilis ſit, dubitandum non eſt.

Hoc quippe expreſſe conſtituit Iuſtinianus in *l. fin. C. de pact.* vbi eam improbat, & prohibet tanquam plenam triſtiſſimi & periculoſiſſimi euentus, quia occaſionem præbeat vitæ illius inſidiandi, de cuius hereditate agitur. *Lit. D & E Qu. 61. An pactū de heredi tate certi alicuius hominis viuentis valeat, ſi is non con ſentiat?*

Accedit quod improbus ille ſit, qui ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis *l. 2. §. Interdum. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 1. §. 12. ff. de collat. bonor. l. 27. §. à patre. ff. ad SC. Trebell.* diciturque feſtinare contra bonos mores & contra ingenium.

Nam paciſci de viuentis hereditate eſt viuo & videnti funus ducere, quam rationem Iuſtinianus indigitat in *l. fin. in ver. quare enim quodam viuente & ignorante de rebus eius quidam paciſcentes conueniunt. C. de pact.*

Obſeruandum tamen eſt, quod hæc de futura & non de iam delata hereditate accipienda ſint. Nam hereditatem vendi poſſe de eaque pactionem fieri minime eſſe interdictum, probat *tot. tit. ff. de hered. & act. vendita.* Ideo autem de here-

hereditate iam delata pactio valet, quia per eam nulla præbetur occaſio inſidiandi vitæ alterius, nec votum inducitur illius, de cuius hereditate iam delata pactum factum eſt: hunc quippe iam tum vita exceſſiſſe, præſupponendum eſt.

Item valet pactio quæ fit de viuentis hereditate non acquirenda, ſed conſeruanda, vt probat *l. ſi quis ſeruum.ff.de act. empt.*

Talis autem pactio valet ac de iure ſubſiſtit, quia fit ſuper iure paciſcentis proprio, non vero ſuper iure alieno. Qui enim paciſcitur eam hereditatem ſibi reſtitui, quæ & ſine pactione ipſi diceretur, de iure proprio & ſibi competente paciſcitur, de quo cuiuis paciſci eſt integrum, & ſane cum eius interſit hereditatem ipſi reddi, quæ ei debetur ſtultum eſt quæri cur de ea paciſcatur: denique nemo dicet eam hereditatem promitti contra bonos mores quæ iam per ſe iure debetur.

Et huius quoque exemplum eſt in *l. non aliter.ff.de adopt.§.3.Inſt. eod.* vbi pactio ab agnatis impuberis arrogati interponitur de hereditate ex l.12. tabb. ſibi debita, conſeruanda. *vid. d.tract.de pact.cap. 5.q.1.*

Qu.62. *An valeat pactũ ſi is de cuius hereditate ſit pactum conſentiat?* Valet inſuper pactum de certi hominis adhuc viuentis hæreditate, ſi is conſentiat paciſcentibus pactumque ratum habeat.

Hoc ſiquidem caſu validam eſſe pactionem ipſe Iuſtinianus conſtituit in *d.l.fin. in verb. & nihil ex his pactionibus* (quæ ſcilicet fiunt de futura & obuentura tertij hereditate) *obſeruari, niſi ipſe forte de cuius hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodauerit, & in ea vſque ad extremum vitæ ſuæ ſpiritum perſeuerauerit: tunc enim ſublata acerbiſſima ſpe, licebit eis eo ſciente & iubente huiuſmodi pactiones ſeruare.*

Ecce hic non ſolum prædictam pactionem valere iubet Iuſtinianus, ſed rationem quoque reddit, quare valida eſſe debeat, quod nempe ratio *d.l.finalis*, prohibentis de certi hominis hereditate pactionem, ratio aperte deficiat: etenim ſi is, de cuius hereditate agitur, ſibi quid metuat à paciſcentibus, licet ei periculum iſtud euitare teſtando ſe illis iam amplius non conſentire, quod facere non poteſt is, qui ignorat pactionem de ſuis bonis eſſe interpoſitam: nec ex aſſenſu ſuo ita obligatur is, qui de hereditate ſua paciſcentibus conſenſit, vt non poſſit pœnitere & rurſus diſſentire, ſed ipſi ſemper pœnitendi facultas conceditur *d. l. fin.* quæ autem huic ſententiæ opponi ſolent ea habes diſſoluta in *d.tract.de pact. cap.5.queſt.2.*

His exceptis caſibus vera manet ſuperior regula, quod pactum de futura ſucceſſione illegitimum ſit, & inualidum.

Quam regulam ad eam quoq; ſpeciem extendit Autor noſter, qua inter filiam & patrem conuenit, vt dote accepta, nihilominus æqualiter cum cæteris ſuccedat.

Cuius ſententiæ optimum fundamentum eſt in *l.15.C. de pact.* vbi Impp. in hæc verba reſcribunt: *Pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur ex æqua portione, ea quæ nubebat, cum fratre ſuo heres patris ſui eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

2. Cui accedit, quod pacta & ſtipulationes, quibus ſucceſſiones adſtringuntur, ſunt contra bonos mores *l.4. C.de inutil.ſtipulat.* vt & pacta omnia de viuentis hereditate *l.fin.C.de pact.* vt quæ inducant votum captandæ mortis contra *l. 71. de condit. & dem.* vnde rectiſſime improbus appellatur, qui de viuentis hereditate eſt ſollicitus *l.2.§.interdum.ff.de vulg. & pupill. ſubſtitut. l.ita tamen.27.§. à patre. ff. ad S C. Trebell.*

3. Confirmat idem quod teſtandi libertas

Digitized by Google

bertas pactis adimi non poteſt. *l. cum duobus. ff. pro ſocio*, quia eſt publici iuris *l. 3. ff. qui teſt. fac. poteſt*, patri vero adimeretur huiuſmodi pacto libera teſtandi facultas *d. l. 15. & l. 3. C. de collat. bon.*

Nec infringitur hæc ſententia per *Nouell. Leonis 19.* notum quippe eſt, quod iſtæ Leonis Nouellæ in occidentali hoc Imperio nunquam fuerint receptæ, nec pro iure vnquam obſeruatæ: quia Leo Imperator non præfuit Imperio huic Romano Germanico, ſiue occidentali, ſed orientali duntaxat. Quare cum extra territorium ſuum nemo ius dicere poſſit *l. fin. ff. de Iuriſdict.* idcirco nec Leonis Nouellæ, extra illius Imperatoris Imperium, in Imperio occidentali pro lege obſeruabuntur. *Vide tractat. meum de authoritate iuris. cap. 6.*

Argumenta vero iſta, quę contra hanc ſententiam ex d. Nouell. Leonis deſumi poſſunt, refutaui in *tractat. de pact. cap. 5. quæſt. 10.*

Quin etiam non ſubſiſtit pactum de futura tertij hereditate, etſi iuratum fuerit, aut iuramento expreſſe confirmatum: tum quia eſt contra bonos mores naturæ, vt quod præbeat occaſionem contra quintum præceptum Decalogi peccandi, vitæ alterius inſidiandi & captandi mortem eius, quo cum pactum fecit: talia autem pacta confirmari iureiurando nequeũt, quoniam alias iuramentum nec diſcretionem nec Iuſtitiam haberet comites, ſed iniquitatis & iniuſtitiæ vinculum exiſteret: tum quia pactum iſtud eſt contra leges & conſequenter eſt ipſo iure nullum *l. 5. C. de legib.* Quod autem iure nullum eſt & pro infecto habetur, id confirmari iureiurando nequit *d. l. 5.* Vnde quæ de pactis inualidis ſupra generaliter dicta fuerunt, ea huc accommodari debent.

Quæſt. 63. *An ſtatuto vel conſuetudine introduci poſſit & pactũ de futura neceſſitate tertij valeat?*

Amplius adeo inualidum eſt pactum de futura hereditate tertij adquirenda, vt nec ſtatuto nec conſuetudine recipi & introduci queat. Et ita ſtatuunt Bald. *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* & Zaſ. Quæ ſententia hac defenditur ratione quod omne ſtatutum & omnis conſuetudo debeat iuſta niti ratione; adeo vt ſtatutum irrationabile vel conſuetudo, ratione deſtituta, nullius cenſeatur eſſe momenti: atqui ſtatutum, quo pactum de ſuccedendo confirmatur, & introducitur eſt irrationabile, quia non ſolum ratione nulla iuſta nititur, ſed etiam rationi expreſſe & è diametro aduerſatur, propterea quod occaſionem præſtet contra legem naturalem & diuinam delinquendi *d. l. fin. C. de pact.* non itaque ſtatutum vel conſuetudo huiuſmodi valet, vt pactum de tertij ſucceſſione initum, ſubſiſtat.

2. Inſuper quæ conuentio non poteſt firmari iureiurando, illa nec ſtatuto aut conſuetudine confirmari poteſt, vt Bartolus tradit ad *l. omnes populi num. 29. ff. de Iuſt. & iure.* quem etiam plerique alij ſequuntur: iam vero proxime obtinuimus, quod tale pactum non poſſit confirmari iureiurando. Non igitur ſtatuto confirmari poterit.

Non obſtat quod ea, quæ iure ciuili conſtituta ſunt contrario iure ſubmoueri poſſint: atqui beneficio iuris ciuilis teſtandi facultatem eſſe introductam apparet ex *§. fin. I. de vſu & habitat. l. 2. ff. ad L. Falcid. §. 3. I. de teſtam. ordin.* proinde ſtatuto & conſuetudine effici poteſt, vt pacto de ſuccedendo adimatur alicui libera teſtandi facultas.

Reſp. Etenim maior propoſitio de ijs tantum accipienda, quæ mero iure ciuili nituntur, nec ratione naturali & æterna fundantur; nam quæ pro fundamento habent ius diuinum & naturale, ea quantumuis ciuili inſtituto & lege introducta ſunt, tolli tamen ſtatuto & conſuetudine nequeunt. Iam vero conſtitutio *d. l. fin.* vt & diſpoſitio *l. 15. C de pact.* naturali.

bellum contra infidelem ſit ſuſceptum: nam contra fidelem infidelis auxilio & ope vti minime licet: ſi enim Paulus nos potius vult damnum & iniurias pati, quã vt tribunalia infidelium adeamus vbi cum fratribus litigemus; quanto minus licebit præſidio impiorum vti, quo ab alijs Chriſtianis, qui nos iniuſte premunt, eripiamur: atqui huc pertinet exemplum Aſiæ regis Iuda, qui cum miſiſſet aurum & argentum ad Benadat regem Syriæ, vt bellum contra regem Iſraël moueret, atque ſecum fœdus iniret *2. Reg. 15. v. 18.* grauiter fuit à Deo ob id reprehenſus. *2. Paralip. 16. v. 7.* Diſtinguendum præterea eſt inter pactum & fœdus, religionem concernens & inter fœdus de re Politica atque ad ſtatum Reip. pertinente, vt prius iſtud illicitum; poſterius vero ſit licitum, quatenus non fit in fraudem fidei & religionis. Nam cum infidelibus nulla debet Chriſtianis eſſe religionis, cultus & ſtudiorum atque operum, cum Euangelij conuerſatione pugnantium, communio: in rebus tamen externis & politicis conuerſatio cum incredulis nequaquam eſt illicita; adeo vt etiam ad eam fideles adhortetur Apoſtolus *1. Corinth. 10. ver. 27. Si quis vocat infidelium, quicquid apponitur vobis edite, nihil interrogantes propter conſcientiam.* Sic tamen cum infidelibus conuerſandum vt fide & moribus eos non ſequamur, nec impietatis iugum, vel in doctrina, vel in moribus cum ipſis ducamus, ſed potius, exemplo Chriſti, occaſionem capiemus pia noſtra conuerſatione ipſos conuertendi.

Notandum etiam eſt, quo diuina iſta de non ineundis cum infidelibus fœderibus lex *Exod. 34. Deut. 7.* non ſit moralis nec naturalis, nec vniuerſalis, ſed politica ſolum & ad populum duntaxat Iſraëliticum reſtricta, deinde nec ad omnes infideles lex iſta pertinuit, ſed ad Chananæos ſaltem atque ad eos populos, quos Deus exitio deſtinarat & de facie terræ delere decreuerat; id quod ſatis euincunt exempla piorum & ſanctorum Regum, qui ſub veteri Teſtamento, quo tempore lex iſta adhuc vigebat, cum infidelibus fœdera percuſſerunt.

Attendendum inſuper eſt, ex euentu non ſemper de facto eſſe iudicandum: & ideo, etſi fœdera cum infidelibus euentum aliquando ſortiantur minus optatum, non tamen propterea illicita aut prohibita eſſe, quia & fœdera cum pijs ac fidelibus inita, malum ſæpe ſortiuntur exitum.

Poſtremo etſi nonnulla incommoda ſecum trahant fœdera cum infidelibus inita; periculum videlicet ſeductionis & occaſionem mutandæ religionis: non tamen propter ea ſimpliciter illicita erunt talia fœdera: nam conuerſatio cum incredulis eadem habet incommoda, nec tamen ideo interdicitur aut improbatur, ſed aperte conceditur, vt ſupra fuit demonſtratum. Caute proinde cum infidelibus conuerſandum ne ab illis ſeducamur, ſed vt illi à nobis conuertantur. Vide in *d. tractat. cap. 2. q. 4.*

Princeps porro cum priuato, vel etiam ſubdito paciſcendo obligatur firmiter, non minus atq; priuatus quiuis. Qu. 48. *An princeps cum ſubdito vel priuato paciſcendo obligetur?*

Etenim commutatiua Iuſtitia, quæ in contractibus & pactis dominatur, rerum duntaxat, non perſonarum rationem & reſpectum habet Weſenbec. *in paratitl. ff. de iuſtit. & iur.* proinde ex contractibus & conuentionibus non aliter princeps, atq; priuatus obligatur.

2. Deinde pacta & conuentiones ſunt iuriſgentium *l. 7. princ. ff. de pact.* eaque ſeruari & cuſtodiri præcipit ius naturale *l. 1. ff. de titul. & l. 1. ff. de iuſtit. & iure.* Atqui hoc iure omnes homines tenentur *l. omnes populi. ff. de iuſtit. & iur.* nec, quoad illud, vlla eſt inter homines.

nes differentia §. 2. *Inſtitut. de iur. natur. gent. & Ciuil.* & ratione eius princeps non conſideratur, vt princeps, ſed vt homo, eidemque non dominatur, ſed ſubiectus eſt vt dixi in *diſputat. 1. theſi 6.*

Non igitur ad rem facit, quod princeps legibus ſit ſolutus: nam hoc de legibus mere ciuilibus ac poſitiuis intelligendum, non vero de legibus naturalib. accipiendum. At pactum ſeruare iubet, non lex aliqua mere ciuilis, ſed lex naturalis.

Quod autem dicitur contractus principis lex eſſe, id quomodo ſit accipiendum ſupra quoque oſtenſum fuit in *diſp. theſi 1.*

Multo vero minus obſtat, quod ex plenitudine poteſtatis princeps poſſit ſubditis ius ſuum, etiam ſine cauſa, auferre *arg. §. ſed & quod principi Inſt. de iur. Nat. Gent. & Ciuil.* nam nec hoc ita ſimpliciter admittendum eſſe, ſupra fuit demonſtratum in *diſp. 1. theſi 5. lit. H.*

Et ſane, cum Princeps ne quidem ex plenitudine poteſtatis reſcindere valeat contractum & pactum initum à priuato cum priuato, ex quo hic illi obligatus fuit *l. 3. C. de reſcind. vendit.* multo minus poterit, vi poteſtatis illius abſolutę, Princeps contractum, ex quo ipſe obligatus fuit, reſcindere.

Qu. 49. *An princeps ex anteceſſoris ſui cõtractu obligetur?*

Et denique quod Princeps, ſiue fiſcus in contractibus vtatur iure priuati, euidenter probant *l. 6. in fine ff. de condit. & l. 2. ff. de aliment. & cib. l. 6. ff. de iure fiſci cap. 1. de probat.* hinc quæſtio ſuboritur valde difficilis & intricata, vtrum ex principis anteceſſoris pacto & contractu obligetur princeps ſucceſſor & ad implendum eum cogi poſſit?

Mihi videtur diſtinguendum cum Authore noſtro, ita vt contractus, à principe de rebus ſuis patrimonialibus initus, ſucceſſorem principis non obliget.

Nam ex contractu defuncti, ſuper re aliqua ſua priuata & familiari inito, obligatur duntaxat, qui hæres defuncto exiſtit *l. 4. § heres. ff. de obligat. & act. §. heres. I. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.* at ſucceſſor regni non eſt defuncti regis & Anteceſſoris ſui heres: cum diuerſiſſima ſint hereditatem adire & ſuccedere in regno: aditio ſiquidem hereditatis priuatum defuncti patrimonium concernit: ſucceſſio vero hæc non ipſius patrimonium, ſed regnum atque Imperium ſpectat. Igitur cum ſucceſſor regni, quoad bona anteceſſoris patrimonialia, non habeat cauſam ab anteceſſore, non poteſt eius nomine grauari *l. ab eo. C. de fideicomm. l. 31. ff. de pignor.*

Cæterum contractus de bonis fiſcalib. ſiue Imperij ab anteceſſore initos ſucceſſor regni ſeruare & cuſtodire debet.

Siquidem qui contractus de re Imperij publica & nomine Imperij ac principatus ab eo fiunt, qui Imperio præeſt, non in perſonam, ſed in rem concepti intelliguntur: ac proinde, vt Imperium nõ moritur, ita quoque contractus iſti cum principe contrahente non euaneſcunt.

Maxime cum, vt eleganter ait Autor noſter, Imperium per principem contraxiſſe cenſeatur, quotiens nomine Reipublicæ Princeps contrahit; adeoque ipſum imperium ex huiuſmodi contractu obligatur & conſequenter is quoq; qui in imperium ſuccedit.

Hoc tamen cum iſta reſtrictione accipi debet, vt quod pactum ipſe Princeps reuocare & reſcindere potuiſſet, idẽ multo magis à ſucceſſore retractari queat: atqui reuocare poteſt Princeps pactum, q̃ ad manifeſtum Imperij detrimentum ac præiudicium pertinet, quales ſunt immo dicæ donationes; itemq; pacta de alienandis & transferendis Imperij facultatibus, cũ Imperatoris officiũ non ſit diminuere ſed augere potius Imperiũ, illudq; pro virili locupletare, prout alibi docuimus.

Nec ad rem facit, quod princeps ſucceſſor anteceſſoris ſui leges mutare poſſit *arg. l. 28. & ſeq. ff. de legib.* Igitur multo magis contractum & pacta, ab ipſo inita, reuocare queat: Reſp. Nam primo non temere, nec facile mutare & abrogare poteſt ſucceſſor anteceſſoris leges; cum omnis mutatio præſertim legum ſit periculoſiſſima: ſed ita demum ſi manifeſta Reipubl. flagitet vtilitas, vel ſumma poſtulet neceſſitas.

Deinde diuerſa ratio eſt legum & contractuum in propoſito: nam cum anteceſſor legibus à ſe latis non fuerit adſtrictus, ſed illarum pro vtilitate Reip. mutandarum ius & poteſtatem habuerit, conſequens eſt, nec ſucceſſorem ita obligari legibus anteceſſoris, vt illarum mutandarum poteſtatem non habeat, ſi vtilitas Reipub. flagitet. Ex pacto vero ita anteceſſor obligatus fuit, vt ab eo recedere, inuito altero non potuerit, ſed obſeruare illud & inuiolabiliter cuſtodire neceſſum habuerit.

Lit. C. De re priuata priuatos inter ſeſe paciſci, & paciſcendo efficaciter obligari poſſe, dubium non eſt, ſi modo res talis ſit, quæ in pactum deduci poſſit, nec quo minus deducatur honeſtas obſtet atque impediat.

Quæ. 50 *An pactū de re turpi & inhoneſta ſit ipſo iure nullum?*

Hinc pacta, quibus turpe quippiam, aut inhoneſtum legibuſque prohibitum & illicitum factum promiſſum eſt, ſeruari non debent, nec pro vtilibus, ſed pro nullis atque infectis habentur.

Ita enim de ſtipulationibus (quæ, quoad hoc eandem cum pactis rationem habent) ſcribit ICtus Vlpianus in *l. 26. ff. de verbor. obligat. Generaliter nouimus turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.* Et Iuſtinianus in *§. 21. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, veluti ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet.

Itemque Dioclet. & Maxim. in *l. 4. C. eod. tit. Ex eo,* inquiunt; *inſtrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de ſucceſſione futura interpoſita fuit ſtipulatio, manifeſtum eſt; cum omnia quæ contra bonos mores vel in pactum, vel in ſtipulationem deducuntur, nullius ſint momenti.*

Hinc quoq; Vlpianus ſocietatem eam nullius momenti eſſe pronunciat, in quam res turpiter & maleficio quæſita, fuerit deducta; *quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæſitum eſt in ſocietatem non oportere conferri palam eſt, quia delictorum turpis atque fœda communio eſt l. 53. ff. pro ſocio.*

Ratio autem huius hæc eſt quod rei impoſſibilis nulla ſit obligatio. *§. impoſſibilis l. de inutil. ſtipulat.* atqui factum, quod bonis moribus, honeſtati atque legibus repugnat pro impoſſibili habetur *l. 5. ff. de cōdi. inſt.* proinde eius nulla erit obligatio.

Hinc quoque expreſſe Prætor in edicto iſta pacta ſe ſeruaturum pollicetur, quæ legibus non repugnent *l. 7. §. 7. ff. de pact.* indeq; Paulus: *Pacta, quæ turpem cauſam continent, veluti ſi paciſcar ne furti agam, vel iniuriarum ſi feceris,* nullius momenti eſſe pronunciat *l. 27. §. 4. ff. de pact.*

Nec refragatur quod de furto paciſci liceat *l. 7. §. 14. in fine ff. de pact.* nam non de furto faciendo, ſed de furto facto paciſci illic permittitur, ſicut etiam de criminibus publicis capitalibus iam admiſſis ac perpetratis pactio admittitur in *l. 18. C. de tranſact.*

Non refragatur etiam *l. 27. §. 3. ff. eod. tit.* in qua dicitur pactum ne depoſiti agatur valere, etſi reuera ac vi ipſa, pactum de dolo non præſtando ſit factum *d. §. 3.*

Rꝝ. Etenim expreſſa mentio doli inutile reddit pactum; non expreſſa non item: expreſſa ſiquidem nocent, non expreſſa non nocent *l. expreſſa 19. ſ. de reg. iur.*

Accedit quod interſit, vtrum pactum iſtud *ne depoſiti agatur* fuerit in initio contractus interpoſitum, an vero in fine, vt illo caſu nullius momenti ſit, quia dolum futurū qui pacto remitti nequit, reſpiciat:

hoc

Hoc vero caſu ſubſiſtat, quia non tam dolus, quam actio doli eſt remiſſa.

Nõ aduerſatur inſuper *l.134.ff. de Verb. obligat.* in qua ſtipulatio iſta, quæ ibidem dicitur non ſecundum bonos mores eſſe, non eſt ipſo iure nulla, ſed exceptione doli mali infringitur.

Reſp. Obſeruandum enim eſt, quod ſtipulatio, de qua illic agitur, nõ ſit directo inhoneſta vel bonis morib. cõtraria, quia per eã nemini contrahendi aut non contrahendi libertas directò adimitur.

Non ipſis ſtipulantibus ſiue contrahentibus, quia de ſuo matrimonio non paciſcuntur: nec illorum, de quorum nuptiis agitur, quia ſtipulatio inter alios interpoſita hos nõ obligat, nec quicquã illis præiudicatur: verũ obliquè ſtipulatio huc pertinet, vt illis quodãmodo libertas contrahendi adimatur de quorũ matrimonio agitur, q a metuẽt liberi aut parẽtũ minas, aut ne illi in pœnam incidant.

Non denique repugnat *l.pen. ff de condict. ob turpam cauſam*, vbi is, qui id quod ex turpi cauſa promiſſum eſt, exigit, doli mali exceptione repelli dicitur.

Reſpondet enim ad hanc obiectionẽ Giphanius & Ferrettus, diſtinguẽdũ eſſe inter turpitudinẽ grauiorẽ & leuiorẽ, ſic, vt quæ pactio illa grauiori laborat turpitudine ea ſit ipſo iure nulla: quæ vero minorẽ turpitudinẽ cõtinet, ipſo iure ſubſiſtat, ſed doli exceptione infirmetur.

Probatur hęc diſtinctio primo per *l. 1. § 4. ff. de dolo*, vbi dicitur, ſi ſpeculatio adeo turpis ſit, vt ex ea nemo daturus ſit actionẽ. Quo ſubindicatur ſtipulationem interdũ non ita turpẽ eſſe, vt ex ea denegetur actio, vt ſi ſimplici dolo quis inducatur ad cõtrahendũ; deinde confirmatur hæc diſtinctio exinde, ꝙ in omnibus locis, in quibus pactio dicitur ob turpitudinem nulla, agitur de graui turpitudine, vt de homicidio, adulterio, furto, &c.

Diſtinguitur præterea inter turpitudinẽ expreſſam & tacitã, vt illa vitiet ſtipulationem; hæc non item: verum hanc Æmylius Ferrettus reiicit, quia nihil interſit inter expreſſam & tacitam turpitudinem. Defenditur autẽ a Donello & Giphanio: quia non poteſt propriè dici turpis ſtipulatio, quæ expreſſè nihil turpe continet. Vide in *d. tract c.5.q 10. vbi plura.*

Illis pactis, quæ vt turpes, non obſeruantur, non immerito annumeratur pactio inter aduocatũ & clientem de quota litis: hæc n. vt turpis, ac bonis moribus contraria, improbatur in *l.53 ff. de pact. Sũptus quidem prorogare litiganti honeſtum eſt, paciſci autem, vt non quantitas eo nomine expenſa, cum vſuris licitis reſtituatur, ſed pars dimidia eius, quod ex ea lite datũ erit, nõ licet.* Qu. 51. *An pactũ inter Aduocatũ & clientem valeat de quota litis?*

Cuius legis hic eſt ſenſus, Procuratorem vel Aduocatum clientis ſui aut domini, litigantis nomine ſumptus de ſuo in litem erogare, h. e. numerare, eoſque ſumptus vna cum vſuris licitis ſibi reſtitui ſtipulari vel paciſci poſſe. Quod ſi vero partẽ dimidiã eius, ꝙ ex ea lite datũ erit, pactus fuerit, pactũ cenſeri iniquum.

Idemque confirmatur in *l. ſi quis. 5. C. de poſtuland. l. 20. C. de mãdato. l. 15. C. de procurat. l. 6. § fin ff. mandati.*

Et ſane ratio, ob quã huiuſmodi pactũ non valet, hæc eſt, ꝙ Procurator ſeu Aduocatus, qui hac lege & cõditione ad cauſam agendã accedit, ſi pactio ei ſeruatur, ſpe maioris lucri, quidvis factur⁹ ſit, quo aduerſariũ vincat; adeoq; pactio huiuſmodi cauſidicis calũnioſè litigãdi occaſionẽ præbeat & iis artib. ac ſtrophis veritatem oppugnãdi, quas homines in foro ac litibus triti, vt Plin. ait, vel nolentes ediſcũt.

Sed huic obiicitur, quod cum in vtrãq; partem par ratio ſubeſt dubij euentus, ſi in illum euentum fiat pactio, neuter lędi cẽſeatur *l.1 C. de pact. l.11. C. de trãſact.* Atqui litis euentus ſemper dubius & incertus eſt *l.1. ff. de tranſact. l.65 §.1. ff. de cõdict indeb.* Ergo tã facile eſt, vt pactũ de quota litis, à procuratore factum, ei noceat, quam vt illi proſit. Quid enim ſi lis amiſſa fuerit,

Digitized by Google

extorſioni, quã leges improbant, occaſio daretur. Quin etiã metueret ægrotus, ni aſſentiret medico moréq; gereret & poſtulãti iniquum etiã ſalariũ prçſtaret, ipſe medicus malis vteretur pharmacis. At huiuſmodi pacta, metu extorta, improbant leges noſtræ *l.13. C. de tranſact.*

Et hoc etiam ſatis confirmari videtur *l. ſi medicus 3. ff. de extraord. cognit.* in qua in hæc verba Vlp. ſcribit. Si medicus cui curãdos ſuos oculos, qui eis laborabat, cõmiſerat, periculum amittendorum eorũ per aduerſa medicamenta inferendo cõpulit, vt ei poſſeſſiones ſuas contra fidem bonam æger venderet: inciuile factum præſes prouinciæ coerceat, remque reſtitui iubeat.

Eodemque pertinet *l. Archiatri 9. Cod. de profeſſor. & medicis*, vbi Imperat. Valentin. & Valens, *Medicos*, inquiunt, *patimur accipere quæ ſani offerunt pro obſequijs, non ea quæ periclitantes pro ſalute promittunt.*

Et quanquã non deſint qui conſtitutionem iſtam reſtringendã exiſtiment ad medicum, cui ſalarium è publico conſtitutum eſt, vt quæ expreſſe de Archiatris concepta ſit: ratio tamen, qua nititur, cõſtitutio, generalis eſt atque huiuſmodi reſtrictionem reſpuit.

Non equidem inficior quin valeat pactum, ſi iuſtum & moderatum ſalarium non excedat: tunc enim ratio prohibitionis huiuſmodi aperte deficit.

Sicut & tunc pactum ſuſtinetur, quãdo poſt recuperatam ſanitatem interponitur, quo tempore medicus non ſolum donata & honoraria ab ægro licite accipit, imo etiam exigit, cum iniquum foret ipſum cogi gratis curare.

Lit. D & E. Qu. 54. *An valeat pactũ illegitimum ſi iuratũ fuerit?*

Illud generaliter tenendum, pacta illegitima adeo nullius eſſe momenti, vt nec per iuſiurandum confirmentur; idq; nõ ſolum in *l. 7. § 16. ff. de pact.* ſed etiam in *l. 112. § fin. de legat. & l. 5. C. de legib.* diſerte ſancitur ac conſtituitur: nec huiuſmodi iuramenta bonâ cõſciẽtia obſeruari poſſe exiſtimo, ſiquidẽ magiſtratui, Dei miniſtro & legibus, ordinationi diuinæ, *c. 13. ad Roman.* repugnant, & ideo propter conſcientiam obſeruari non poſſunt *d. c. 13.*

Nec admittendum cenſeo iſtã Canoniſtarum diſtinctionem, qua aiunt, iuſiurãdum eſſe ſeruandum, non vero actum iſtum illicitum & illegitimũ conualidari.

Quomodo enim fieri poteſt, vt valeat iuramentum, nec tamen ſuſtineatur actus iſte, ſuper quo conualidanda interpoſitũ & iuramentum? aut quomodo actus iſte nullus eſſe poteſt; vt non etiam iuramentum nullum ſit atque inualidum. Sed de hac quæſtione memini me dixiſſe infra in *diſput. 11. theſ. 1.*

RESOLVTIO THESIS *Octauæ.*

Lit. A. Qu. 55. *Anne pactũ de futura ſucceſſione eius, cum quo paciſcimur valeat?*

PActis illegitimis annumeratur quoque illud quod fit ſuper futura viuẽtis hereditate: & primo quidem pactum huiuſmodi interponatur de hereditate illius cum quo pactum illud initur, non valere iſtud certiſſimum eſt.

Idq; ſatis arguit textus in *l. 15. C. de pact. & l. 3. C de collat.* vbi Impp. *Pactũ*, inquiũt, *quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione quæ nubebat cum fratre heres patris ſui eſſet, neq; vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

Et in *l. 61. ff. de verb. oblig. Stipulatio*, inquit, Ictus, *hoc modo concepta, ſi heredem me non feceris, tantum dare ſpondes? inutilis eſt: quia contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio.*

Et ſane idcirco eſt cõtra bonos mores, quia inducit votũ alterius mortis, & prçbet occaſionem inſidiandi vitæ alterius, cupiet enim, qui ſe bona certo habiturũ eſſe ſcit illum decedere de cuius bonis agitur, vt eo celerius bonis potiatur, atq; etiam vitæ eius inſidiari magis audebit dum ſe id ſecure moliri poſſe intelliget

2. Huic

Digitized by Google

Proinde diſtinguendum exiſtimo ita, vt huiuſmodi pactum de ſucceſſione viciſſitudinaria non valeat inter priuatos, valeat autem inter milites.

Sic enim aperte diſtinguit ipſe Imperator in *l. Licet.19. C. de pact.* dum ita ſcribit: *Licet inter priuatos huiuſmodi ſcriptum, quo comprehēditur, vt is, qui ſuperuixerit alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendat: tamen cum voluntas militum, quæ ſuper vltimo vitæ ſpiritu deq́ familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi iudicij obtineat, proponasq́ te ac fratrem ad diſcrimen prælij pergentes ob communem mortis fortunam inuicem eſſe pactos, vt ad eum qui ſuperſtes fuiſſet res eius, cui caſus vitæ finem attuliſſet, pertinerent: exiſtēte conditione intelligitur ex fratris tui iudicio (quod principaliū prompto fauore firmatur) etiā rerum eius compendium ad te delatū eſſe.*

Quocirca pactū de mutua & reciproca ſucceſſione non valet inter priuatos, ſeu paganos, inter milites vero valet.

Idcirco autē non valet, quia occaſionē præbet captandi mortem & inſidias vitæ alterius ſtruendi: etenim veriſimile eſt vtrumq; maxime ſi auaritia, quæ mater eſt omnis mali teneatur, anxie expectaturū mortē alterius illamq; exoptaturum, & ꝓpterea vitæ alterius inſidiaturum, quo ſublato eo ad ſucceſſionem eius peruenire queat.

Et hoc eſt quod in *l. 11. C. de tranſact.* dicitur, valere tranſactionē ſuper fideicōmiſſo à patre inter duos filios dato, ſi alter ſine liberis exceſſerit vita, propterea quia tali tranſactione fratrum concordia conſeruetur remoto captandę mortis alteri⁹ voto improbabili, quod votum per fideicōmiſſum iſtud reciprocū inducebatur.

Atqui omnis pactio qua introducitur votum mortis alterius & occaſio vitæ ipſius inſidiandi præbetur, inualida eſt *l. fin. C. de pact.*

Nec obſtat huic ꝙ ſi tale pactum eſſet contra bonos mores, ita vt modo dictū fuit, tum ne quidē in militibus valere ac ſubſiſtere poſſet, cū hi, nō minus atq; pagani, bonis ſtudere moribus, omnēq; fugere delinquēdi occaſionem debeant.

Nam inter milites ſi valeret huiuſmodi pactū eo modo, quo inter paganos, ſine dubio bonis morib. repugnaret, ac cōſequenter in militibus non minus atq; in paganis illicitū foret: iam vero inter milites pactum hoc reciprocum non valet vt pactum, ſed valet vt vltima quædam voluntas, quemadmodum etiam diſerte in *d. l. 19.* Imperatores profitentur.

Et ſane plurimum intereſt vtrū huiuſmodi pactio valeat vt pactio, an vero tanquam vltima volūtas, quia conuētio quæ paciſcentem obligat, ſimul etiā libertatē mutandę voluntatis aufert: vnde periculum iſtud inſidiarum maxime fluit: at vltima voluntas mutabilis eſt ad extremū vſque vitę ſpiritum *l. 4. ff. de adimend. legat.*

Adde quod in militibus communis mortis fortuna & periculum tollat votū captandi mortem.

Et quod inter priuatos non valeat pactū hoc de reciproca ſucceſſione, etiam hac ratione probatur, quod huiuſmodi pactum teſtandi libertatem adimat: cum ſubſiſtēte eo pacto, nō liceret cōtra illud teſtari aliumque, quam eum cui hereditas promiſſa eſt, heredem inſtituere, cum pacta ſeruanda ſint, nec liceat vni, altero inuito, contra venire.

Cætera quæ pro cōtraria adducit ſeutentia Andr. Gail. *lib. 2. obſ. 126.* quibuſq; euincere conatur, quod pactum mutuæ ac viciſſitudinariæ ſucceſſionis, quo conuenit inter duos, vt alterutro ſine liberis mortuo, ad ſuperſtitem bona perueniāt, ſit validum, ea diſſolui i *d. tract. de pact. c. 5. q. 4.* vbi vide.

Sed vtrum pactum reciprocæ ſucceſſionis valeat inter perſonas illuſtres, velut Principes, Comites, Barones & nobiles Imperij, quæſtio ſane eſt diſcuſſio- Qu. 58. *An valeat tale pactū reciproca*

Digitized by Google

Acceſſionis inter perſonas illuſtres?

ne digniſſima? Et quidem quod talis pactio mutuæ & reciprocæ ſucceſſionis, quod & confraternitatis **Erbuerbrüderung** appellatur, quo conuenit vt vter ſuperuixerit, is alterius rebus potiatur, nec inter perſonas illuſtres ſubſiſtat, videtur prima fronte dicendum.

Primo n. generali lege & ſanctione huiuſmodi pactio inter paganos interdicta eſt, ac ſolis militib. conceſſa in *l. 19. C. de legib* pactio idcirco iſta mutuę ſucceſſionis vtpote legibus Cæſareis cõtraria & ꝓhibita, nec inter illuſtres perſonas valebit.

2. Accedit ꝙ hæc pactio ſit turpis & bonis morib contraria, delinquendi etiã occaſionẽ præbeat: atqui illuſtres perſonæ non minus, quã priuati quiuis fugere debẽt, quæ bonis morib. aduersãtur & ad delinquendũ inuitãt, imo magis hæc fugere quã priuati: tum ꝙ idẽ delictum cõmittẽdo grauius, propter offendiculũ ꝙ præbẽt, delinquere cẽſeantur, quã priuati; tum quia Iuſticia, vitæ honeſtate & innocẽtia aliis præire ac prælucẽre & ad ſui imitationẽ eos inuitare debẽt: tum denique quia quod in priuatis turpe eſt, id in illuſtribus turpiſſimum eſt.

3. Aduerſatur præterea pactio de reciproca ſucceſſione, inter illuſtres interpoſitæ, quod hereditas pactis & contractibus relinqui non poſſit *l. . C de pact. 1 õuent.* at tali pacto deferatur hereditas. Itẽ quod improbetur omne pactum quo libera teſtandi facultas alicui auffertur cõtra *l. Stipulatio hoc modo. ff. de Verb. Oblig. l. Ex eo. C. de inutil. ſtipulat*

Sed his non obſtantibus recte Autor noſter concludit, quod tale pactũ de mutua ſucceſſione valeat. Et ita quoq; Franc. Hotomannus *conſil. 73. n. 33. & ſeqq.* Vdalricus Zaſius *conſil. 1. num. 28. & ſeqq. lib. 2.* Iaſon. *conſil. 5. volum. 3.* Andreas Gailius *2. obſeruat. 126.*

Confirmatur autem hæc ſentẽti. . . mo per *leg. 19. C. de pact.* vbi expreſſe i. . . PRIVATOS hanc pactionem valere negatur: cum igitur prohibitio iſtius legis ſit ſpecialis & de priuatis nominatim concepta, ſequitur aliud dicẽdum eſſe de perſonis illuſtribus *arg. l. 12. ff. de iudic.* maxime cum nuſpiam illis pactione iſta interdictum legatur.

2. Deinde in iſta cõſtitutione *d. l. 19.* Imperat. militibus cõcedit de mutua & reciproca ſucceſſione paciſci: atqui illuſtres perſonæ, veluti Duces, Comites, sũt milites, *l. 2. Cod. de domeſt. & prot.* Ergo his quoq; pactio talis conceſſa intelligitur.

3. Deficiẽte ratione finali ꝓhibitionis, deficit quoq; & ceſſat ipſa prohibitio; atqui Principib. Ducib. & Comitibus ceſſat atq; deficit ratio finalis, ob quam priuati ꝓhibentur de mutua ſucceſſione paciſci. Deficit itaque ipſa quoque prohibitio.

Aſſumptio inde patet, ꝙ ſuſpicio delinquendi, inſidiandiq; vitæ illius cũ quo pactum initũ eſt locũ non habeat in illuſtrib⁹ perſonis, quia in illis rectitudo clariori, quã in aliis, lumine præfulgent *l. Inter claras. C de Sũma Trinit.* illæq; tales ſint quæ aliis iuſtitia, virtute ac vitæ integritate anteire debeant, atq; ob id ab iſtiuſmodi voto alterius mortis videantur eſſe quam alieniſſimæ.

4. Accedit quod cum principes eorũ numero cenſeantur, qui publicis iuris ſunt, nempe magiſtratuum Romani Imperij *l. 1. §. ius publicum. ff. de iuſtic. & iure* probabile ſit, eos non adſtringi his legibus, quæ propter priuatorum pactiones proditæ ſunt *arg. l. ius publicum 38. ff. de pact.* maxime cum per manus ſit traditũ, quod Principes & Comites in ſuo territorio tantum poſſint, quantum Imperator in imperio.

5. Ad hæc tantus eſt publicæ vtilitatis fauor, vt ea, quæ publice vtilia ſunt, non includantur in his, quæ lege prohibẽtur vt eleganter docet Iaſon in *l. Cætera. §. ſed & ſi quis ff. de legat. 1. arg. l. hoc modo. ff. de condit. & demonſtrat.* Bart. in *l. quemadmodum C. de Agricol. & Cenſit.* Publica item vtilitas

præ-

Digitized by Google

præferri debet priuatæ *l. vtilitas. C. de Primipil.* bonum enim gẽtis melius eſſe quã bonum vnius, ait Philoſophus *lib.1. Ethic.* & ea, quæ aliquo modo publice eſſent vtilia, cedunt iis, quæ maiorem continent publicam vtilitatem.

Atqui ad publicã vtilitatẽ ſpectare videtur pactio iſta fraternitatis de mutua ſucceſſione: quoniã inter Imperij Duces & Principes inducit arctiſſimã coniunctionem qua ſibi inſtar fratrum cõiungũtur, ac conſequenter conſeruat non vnã, ſed plures prouincias pacificas, pacemq; & cõcordiam inter Principes alit omnesq; perturbationes amouet atque excludit: ratio quippe communis & publici boni animum facit ceſſare maleuolum *l. iniuriarum §. ιι, qui § qua iure. ff. de iniur.*

6. Conuẽtiones præfatæ principũ de mutua ſucceſſione, accurati⁹ inſpectæ & diligẽtius cõſideratæ, habẽt naturã ſtatutorũ; sũt n. ordinationes q̃b⁹ cõtinetur, quo vinculo vna dom⁹ alteri nexa eſſe debeat; quo ordine ſit ſuccedendũ, qualiter pacis, qualiter belli tẽpore altera adſiſtere alteri; qua fide, qua dexteritate altera dom⁹ alteri⁹ ſubditos regere, tueri debeat & alia id gen⁹, quę nemo pactionib⁹ priuatis, ſed publicis deputet cõſtitutionib.

Atqui ſtatuta per principes, circa modum ſuccedẽdi fieri poſſe, nemo eſt, qui neſciat, vt qui regalia habeant, meri & mixti imperij exercitium, Bartol. in *l. Omnes populi. ff. de Regib.*

7. Comprobatur deniq; hæc ſentẽtia exẽplis clariſſimis Imperij Romani: nam Dux Saxoniæ & Landgrauius Haſſiæ anno Chriſti 1373. pactũ fecerunt (quod hodie confraternitatem appellãt) vt qui eorum ſine liberis maſculis moreretur, ei⁹ ſuperſtes heres & ſucceſſor eſſet: hoc pactũ Carolus eius nominis IV. Imperator Romanus in Comitiis Imperij cõfirmauit. Rurſus anno 1433. Dux alter Saxonię itemq; alter Landgrauius Haſſiæ ſimile pactum fecerunt, vel potius idem pactũ renouarunt, cũ exceptione tamen & reſeruatione decem millium florenorum, de quib. teſtari & diſponere poſſent. Hoc pactum Sigiſmundus Imperator ſimiliter in Comitiis Imperij comprobauit.

Rurſum idem pactum renouatum inter eorum ſucceſſores anno 1457.

Conſimile fraternitatis & mutuę ſucceſſionis pactum eſt initum inter Ducẽ Saxoniæ & Marchionem Brandeburgẽſem vt ſuperſtes præmorienti ſine liberis, ſuccederet, reſeruata facultate teſtãdi de 12. millib. florenorum, quod & ipſum à Carolo V. eſſe cõfirmatum teſtatur Philippus Decius *conſil. 654. vol. 4.*

Atq; talem Imperatoriã confirmationẽ, ait Gailius, neceſſariã eſſe quoad feuda Imperij, vt causâ cognitâ, perſpicuum fiat, an talia pacta & ſtatuta Imperio ſint futura nocumento eademq; fieri oportere cum certa ſcientia Cæſaris.

Quibus ita ponderatis non reſiſtunt, quæ ſupra in contrarium ſunt adducta: quod enim *d. l. 19.* non ſpectet ad illuſtres duplici fundamento obtinuimus primo, quod expreſſe loquatur de priuato: at Principes, Duces & Comites, itemq; Barones Imperij non poſſunt dici priuati. Secundo, quia eadem lex concedit militibus pactum eiuſmodi reciprocum: at Principes Imperij militum loco haberi, ſupra oſtenſum fuit.

Sed etiã ſecundũ non aduerſatur: quod enim pactio de reciproca ſucceſſione in illuſtribus non poſſit dici turpis, ex prædictis patet: ratio ſiquidem, quæ facit, vt in priuatis ſit turpis, ea manifeſte in illuſtribus perſonis deficit.

Non obſtat tertium argumentũ, quo dicebatur per pactum de ſuccedẽdo tolli liberam teſtandi facultatem.

Nam primo nõ tolli ſemper, ſed, ea ſalua, pactum huiuſmodi fraternitatis fieri poſſe, patet ex ſupra adductis exemplis, quibus aliqua certa pecuniæ ſumma excepta fuit, de qua teſtari liceret.

E. [illegible] fraternitatis pactum auferret li- [illegible] facultatē teſtandi,nō tamē reprobari hoc loco poſſet, poſtquā Imperator id ratum habet & comprobat: quoniam facultas teſtandi iure ciuili introducta eſt *l.3.ff.qui teſt.fac. poſſ. l. Moribus ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* vnde per Imperatorē in quibuſdam perſonis tolli poteſt *arg. l. Nihil. ff de R.Iur.*

Deniq; nō eſt infrequens, nec inſolitū in iure, vt teſtamēti factione homo liber ſe ipsū priuare poſſit, non quidē principaliter & actu ad hoc ordinato, ſed tamē in cōſequentiā: vt exemplū eſt in eo, qui ſe arrogari patitur, item in eo qui monaſteriū ingreditur *Nou.5. & Auth.ingreſſi.C. de SS.Eccleſ.* Itemq; in eo, qui vniuerſa ſua bona, tam præſentia quam futura alij donat. Quocirca & hic mirum vel abſurdū non eſt, ſi conſequentiam is, qui pactum huiuſmodi confraternitatis fecerunt, ſe teſtandi facultate priuent.

Qu. 59. *An pactū mutuæ ſucceſſionis valeat inter coniuges?*

Pactum præterea hoc reciprocum inter coniuges quoque valere, ſtatuit communis fere Dd. ſchola, cui etiam ſubſcribit Andreas Gailius *2.obſ.126.*

Sed ſi non quæratur quid receptum, ſed quid verum ſit, non videtur hæc ſententia poſſe ſuſtineri.

1. Quia expreſſo textu *l.19.C.de pact.* ꝓhibetur talis pactio de mutua & viciſſitudinaria ſucceſſiōe, nec quiſquā à generali iſta ꝓhibitione excipitur, niſi milites in quib. pactio eiuſmodi nō valet iure pacti, ſed iure teſtamenti: regula proinde iſta etiam ad coniuges extendenda eſt.

2. Accedit quod ratio, ob quam pactio iſta improbatur, etiam in coniugib⁹ obtineat: in iiſdem igitur & iuris diſpoſitio obtinere debet.

Verū his rationib⁹ nihil motus exiſtimo pactum hoc de mutua & reciproca ſucceſſione inter coniuges valere.

1. Quia fauor matrimonij id mereri videtur.

2. Quia inter coniuges, inter quos arctiſſima coniunctio & amor feruentiſſimus atque ardentiſſimus intercedit, ſiniſtra iſta ſuſpicio captandę mortis alteri⁹, locum vix habeat, adeoque principalis & præcipua prohibitionis ratio, qua *d.l.19.* nititur in huiuſmodi deficiat pacto.

Nō igitur quicquā ad rē facit *d. l.19.* quia etſi generalis videatur, nec ab ea pactum coniugum viciſſitudinariū excipiatur expreſſe, ſufficit tamē rationē iſtius in præfato pacto deficere. Taceo quod conſuetudo ſoleat conſtitutionibus anteriorib⁹ derogare *l.32.ff.de ll.§.penul.Inſt.de iur. nat. gent. & ciuil.* eaſdemq; interpretari. Quare conſuetudo hodie recepta, qua inter cōiuges pactum mutuæ ſucceſſionis admittitur, derogat *d. l.19.* eamque de alijs, quam coniugū pactionib⁹ interpretatur.

Secundo argumento iam ſatisfactum eſt, dum demonſtratum fuit, quod ratio *d.l.19.* quæ in voto mortis alterius fundatur, in coniugibus deficiat.

Lit. C. Qu. 60. *An valeat pactio de tertij alicuius adhuc viuētis, ſed incerti hereditate?*

Si inter duos de tertij alicuius hereditate & ſucceſſiōe fit pactū an valeat quæritur: & quidē ſi tertius iſte ſit incertus, vt ſi de hereditate, quæ proxime alterutri fuerit delata, vel cōmunicāda vel cedēda pactū fuerit interpoſitum, dubium plane nullum eſt, quin valeat & ſubſiſtat pactū effectumq; ſortiatur: ſiquidem eiuſmodi conuentione non inducitur votū captādæ mortis alterius, nec præbetur occaſio inſidiandi vitæ illius, de cuius hereditate pactum eſt factum, vtpote qui plane incertus ſit.

Hinc in *l.3.§.de illo ff pro ſocio.* dicitur valere pactio hoc modo facta, vt ſi qua hereditas ad te peruenerit, mihi ſit cōmunis, nulli⁹ ſcilicet certi hominis deſignata hereditate: & quanquam Petrus Gilckenius hāc *l.3.* per *d.l.fin. C.de pact.* abrogatam eſſe cenſeat; contrarium tamen perſpicue, vt ſpero, à me demonſtratum fuit in *d.c.5.q.3.*

Nec ad rem facit, quod conſtitutio *d. l. fin.* prohibens pactum de futura ſucceſſio-

ceſſione, ſit generalis, nec diſtinguat quicquam, vtrum certus ſit is de cuius hereditate pactum ſit, an incertus.

R. Ratio enim illius L. fin. oſtendit luculentiſſime quod cóſtitutio ad eos pertineat, qui de hominis alicuius certi hereditate paciſcuntur: quin & diſtinctio quæ ibidem adhibetur, vtrum videlicet conſentiat an non conſentiat is de cuius hereditate pactio initur ad alium, quam ad hominem ſpectare non poteſt.

Non refragatur etiam quod & ideo prohibeatur pactio de viuentis ſucceſſione, quia ea nulla eſt nec vſpiam in rerum natura exiſtit. Item quod impium ſit de viuentis hereditate eſſe ſollicitum *l. 2. §. interdum de vulg. & pupill. ſubſtitutione l. 27. §. à Patre. ff. ad Trebell.* Item quod hæreditas pactis dari nequeat.

Reſpond. Nam rationes hæ non ſunt Principales, nec præcipuæ, ob quas pactio de futura ſucceſſione ſit prohibita; vera ac principalis ratio in *dict. l. fin. Cod. de pact.* exprimitur, quam in propoſito ceſſare, ſupra oſtendimus: at principali ratione ceſſante, deficit quoque & ceſſat diſpoſitio iuris, etiamſi reliquæ minus principales cauſæ locum adhuc obtineant.

Et quod ad primam rationem; quod hereditas viuentis, quantumuis incerti hominis, in rerum natura non ſit, ea non impedit, quo minus de hereditate illa pactio fieri poſſit, cum conſtet, etiam id quod non eſt, futurum tamen eſt recte legari & ſtipulatione promitti, veluti fructus anni ſequentis *§. 7. de legat.*

Secunda ratio, quod impium ſit de viuentis hereditate cogitare & ſollicitum eſſe, ad hereditatem hominis duntaxat certi ſpectat, non vero ad hominis incerti hereditatem & ſucceſſionem accommodari poteſt.

Sic & tertia ratio impertinens eſt, quoniam hic non pactis datur hereditas, ſed in eum caſum, quo delata fuerit, transfertur duntaxat.

Non aduerſatur denique quod perfacile lex circumueniri poſſet, admiſſo de incerti hominis hereditate pacto, ſi nempe paciſcentes de hereditate hominis incerti loquerentur, ſentirent vero de hominis certi alicuius hereditate: aut ſi Notarius de incerti hominis hereditate ſe ſcripſiſſe diceret, vt inſtrumentum valeret cum partes de certa perſona tractaſſent.

Reſp. Verum fraus in nemine præſumitur, non ſane in Notario, inſtrumentum publicum conficiente. Si de tertij alicuius viuentis, & certi hominis hereditate pactio fiat, quin inutilis ſit, dubitandum non eſt.

Hoc quippe expreſſe conſtituit Iuſtinianus in *l. fin. C. de pact.* vbi eam improbat, & prohibet tanquam plenam triſtiſſimi & periculoſiſſimi euentus, quia occaſionem præbeat vitæ illius inſidiandi, de cuius hereditate agitur.

Lit. D & E Qu. 61. An pactũ de hereditate certi alicuius hominis viuentis valeat, ſi is non conſentiat?

Accedit quod improbus ille ſit, qui ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis *l. 2. §. Interdum. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 1. §. 12. ff. de collat. bonor. l. 27. §. à patre. ff. ad SC. Trebell.* diciturque feſtinare contra bonos mores & contra iuſgentium.

Nam paciſci de viuentis hereditate eſt viuo & videnti funus ducere, quam rationem Iuſtinianus indigitat in *l. fin. in ver. quare enim quodam viuente & ignorante de rebus eius quidam paciſcentes conueniunt. C. de pact.*

Obſeruandum tamen eſt, quod hæc de futura & non de iam delata hereditate accipienda ſint. Nam hereditatem vendi poſſe de eaque pactionem fieri minime eſſe interdictum, probat *tot. tit. ff. de hered. & act. vendita.* Ideo autem de here-

Digitized by Google

hereditate iam delata pactio valet, quia per eam nulla præbetur occaſio inſidiandi vitæ alterius, nec votum inducitur illius, de cuius hereditate iam delata pactum factum eſt: hunc quippe iam tum vita exceſſiſſe, præſupponendum eſt.

Item valet pactio quæ fit de viuentis hereditate non acquirenda, ſed conſeruanda, vt probat *l. ſi quis ſeruum. ff. de act. empt.*

Talis autem pactio valet ac de iure ſubſiſtit, quia fit ſuper iure paciſcentis proprio, non vero ſuper iure alieno. Qui enim paciſcitur eam hereditatem ſibi reſtitui, quæ & ſine pactione ipſi deceretur, de iure proprio & ſibi competente paciſcitur, de quo cuiuis paciſci eſt integrum, & ſane cum eius interſit hereditatem ipſi reddi, quæ ei debetur ſtultum eſt quæri cur de ea paciſcatur: denique nemo dicet eam hereditatem promitti contra bonos mores quæ iam per ſe iure debetur.

Et huius quoque exemplum eſt in *l. non aliter. ff. de adopt. §. 3. Inſt. eod.* vbi pactio ab agnatis impuberis arrogati interponitur de hereditate ex l. 12. tabb. ſibi debita, conſeruanda. *vid. d. tract. de pact. cap. 5. q. 1.*

Qu. 62. *An valeat pactũ ſi is de cuius hereditate ſit pactum conſentiat?*

Valet inſuper pactum de certi hominis adhuc viuentis hæreditate, ſi is conſentiat paciſcentibus pactumque ratum habeat.

Hoc ſiquidem caſu validam eſſe pactionem ipſe Iuſtinianus conſtituit in *d. l. fin. in verb. & nihil ex his pactionibus* (quæ ſcilicet fiunt de futura & obuentura tertij hereditate) *obſeruari, niſi ipſe forte de cuius hæreditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodauerit, & in ea vſque ad extremum vitæ ſuæ ſpiritum perſeuerauerit: tunc enim ſublata acerbiſſima ſpe, licebit eis eo ſciente & iubente huiuſmodi pactiones ſeruare.*

Ecce hic non ſolum prædictam pactionem valere iubet Iuſtinianus, ſed rationem quoque reddit, quare valida eſſe debeat, quod nempe ratio *d. l. finalis*, prohibentis de certi hominis hereditate pactionem, ratio aperte deficiat: etenim ſi is, de cuius hereditate agitur, ſibi quid metuat à paciſcentibus, licet ei periculum iſtud euitare teſtando ſe illis iam amplius non conſentire, quod facere non poteſt is, qui ignorat pactionem de ſuis bonis eſſe interpoſitam: nec ex aſſenſu ſuo ita obligatur is, qui de hereditate ſua paciſcentibus conſenſit, vt non poſſit pœnitere & rurſus diſſentire, ſed ipſi ſemper pœnitendi facultas conceditur *d. l. fin.* quæ autem huic ſententiæ opponi ſolent ea habes diſſoluta in *d. tract. de pact. cap. 5. quæſt. 2.*

His exceptis caſibus vera manet ſuperior regula, quod pactum de futura ſucceſſione illegitimum ſit, & inualidum.

Quam regulam ad eam quoq; ſpeciem extendit Autor noſter, qua inter filiam & patrem conuenit, vt dote accepta, nihilominus æqualiter cum cæteris ſuccedat.

Cuius ſententiæ optimum fundamentum eſt in *l. 15. C. de pact.* vbi Impp. in hæc verba reſcribunt: *Pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur ex æqua portione, ea quæ nubebat, cum fratre ſuo heres patris ſui eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.*

2. Cui accedit, quod pacta & ſtipulationes, quibus ſucceſſiones adſtringuntur, ſunt contra bonos mores *l. 4. C. de inutil. ſtipulat.* vt & pacta omnia de viuentis hereditate *l. fin. C. de pact.* vt quæ inducant votum captandæ mortis contra *l. 71. de condit. & dem.* vnde rectiſſime improbus appellatur, qui de viuentis hereditate eſt ſollicitus *l. 2. §. interdum. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. l. ita tamen. 27. §. à patre. ff. ad S C. Trebell.*

3. Confirmat idem quod teſtandi libertas

bertas pactis adimi non poteſt. *l. cum duobus. ff. pro ſocio*, quia eſt publici iuris *l. 3. ff. qui teſt. fac. poteſt*, patri vero adimeretur huiuſmodi pacto libera teſtandi facultas *d. l. 15. & l. 3. C. de collat. bon.*

Nec infringitur hæc ſententia per *Nouell. Leonis 19.* notum quippe eſt, quod iſtæ Leonis Nouellæ in occidentali hoc Imperio nunquam fuerint receptæ, necpro iure vnquam obſeruatæ: quia Leo Imperator non præfuit Imperio huic Romano Germanico, ſiue occidentali, ſed orientali duntaxat. Quare cum extra territorium ſuum nemo ius dicere poſſit *l. fin. ff. de Iuriſdict.* idcirco nec Leonis Nouellæ, extra illius Imperatoris Imperium, in Imperio occidentali pro lege obſeruabuntur. *Vide tractat. meum de authoritate iuris. cap. 6.*

Argumenta vero iſta, quę contra hanc ſententiam ex d. Nouell. Leonis deſumi poſſunt, refutaui in *tractat. de pact. cap. 5. queſt. 10.*

Quin etiam non ſubſiſtit pactum de futura tertij hereditate, etſi iuratum fuerit, aut iuramento expreſſe confirmatum: tum quia eſt contra bonos mores naturæ, vt quod præbeat occaſionem contra quintum præceptum Decalogi peccandi, vitæ alterius inſidiandi & captandi mortem ei, is, quo cum pactum fuit: talia autem pacta confirmari iureiurando nequeũt, quoniam alias iuramentum nec diſcretionem nec Iuſtitiam haberet comites, ſed iniquitatis & iniuſtitiæ vinculum exiſteret: tum quia pactum iſtud eſt contra leges & conſequenter eſt ipſo iure nullum *l. 5. C. de legib.* Quod autem iure nullum eſt & pro infecto habetur, id confirmari iureiurando nequit *d. l. 5.* Vnde quæ de pactis inualidis ſupra generaliter dicta fuerunt, ea huc accommodari debent.

Qu. 63. *An ſtatuto vel cõſuetudine introduci poſſit & pactũ de futura neceßitate tertij valeat?* Amplius adeo inualidum eſt pactum de futura hereditate tertij adquirenda, vt nec ſtatuto nec conſuetudine recipi & introduci queat. Et ita ſtatuunt Bald. *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* & Zaſ. Quæ ſententia hac defenditur ratione quod omne ſtatutum & omnis conſuetudo debeat iuſta niti ratione; adeo vt ſtatutum irrationabile vel conſuetudo, ratione deſtituta, nullius cenſeatur eſſe momenti: atqui ſtatutum, quo pactum de ſuccedendo confirmatur, & introducitur eſt irrationabile, quia non ſolum ratione nulla iuſta nititur, ſed etiam rationi expreſſe & è diametro aduerſatur, propterea quod occaſionem præſtet contra legem naturalem & diuinam delinquendi *d. l. fin. C. de pact.* non itaque ſtatutum vel conſuetudo huiuſmodi valet, vt pactum de tertij ſucceſſione initum, ſubſiſtat.

2. Inſuper quæ conuentio non poteſt firmari iureiurando, illa nec ſtatuto aut conſuetudine confirmari poteſt, vt Bartolus tradit ad *l. omnes populi num. 29. ff. de Iuſt. & iure.* quem etiam plerique alij ſequuntur: iam vero proxime obtinuimus, quod tale pactum non poſſit confirmari iureiurando. Non igitur ſtatuto confirmari poterit.

Non obſtat quod ea, quæ iure ciuili conſtituta ſunt contrario iure ſubmoueri poſſint: atqui beneficio iuris ciuilis teſtandi facultatem eſſe introductam apparet ex *§. fin. I. de vſu & habitat. l. 2. ff. ad L. Falcid. §. 3. I. de teſtam. ordin.* proinde ſtatuto & conſuetudine effici poteſt, vt pacto de ſuccedendo adimatur alicui libera teſtandi facultas.

Reſp. Etenim maior propoſitio de ijs tantum accipienda, quæ mero iure ciuili nituntur, nec ratione naturali & æterna fundantur; nam quæ pro fundamento habent ius diuinum & naturale, ea quantumuis ciuili inſtituto & lege introducta ſunt, tolli tamen ſtatuto & conſuetudine nequeunt. Iam vero conſtitutio *d. l. fin.* vt & diſpoſitio *l. 15. C. de pact.* naturali

rali iure & ratione perpetua & æterna nititur proinde non poteſt ſtatuto ciuili aut conſuetudine tolli.

Quia etiam non hæc eſt præcipua ratio, propter quam pactum de ſuccedendo improbatur, quia auferat teſtandi liberam facultatem, ſed hæc quæ in *dict. l. fin. C. de pact.* aſſignatur, quam non ciuili ſed naturali iuri eſſe ſubnixam, plus quam manifeſtum eſt, ac proinde non poteſt ſtatuto vel conſuetudine mutari.

Similiter non obſtat, quod mores mali aut boni ſint ex opinione & iudicio eius ciuitatis conſtituendi, de cuius moribus controuerſia eſt *l. 15. ff. de iniur. §. quod adijcitur.*

Cum itaque eiuſdem loci incolæ in diuerſa ſententia ſunt, & id facto declarant *l. de quib. ff. de legib.* conſequens quoq; ſit, talem conſuetudinem, vel legem contra bonos mores non eſſe.

Hoc, inquam, non obſtat: de moribus enim vtrum boni vel mali ſint, tunc demum ex opinione & iudicio ciuitatis ſtatuendum eſt, quando mores iſti nec iuri diuino, nec naturali repugnant: at quando contrarij ſunt legibus naturæ, omnium gentium & diuinis, tunc de illis ex diuino & naturali iure ſtatui debet: atqui bonis moribus iuris naturæ repugnat pactum de ſuccedendo, ergo non debet de illo iudicium fieri ex opinione & iudicio populi alicuius, nec attendendum vtrum à populi iudicio probatum ſit, an minus.

Non aduerſatur quoque *l. licet. 19. C. de pact.* in qua huiuſmodi pacta in militibus tollerantur; itaque conſuetudine etiam & ſtatuto inter paganos recipi poſſint.

Reſp. Nam diuerſiſſima eſt, quoad propoſitum, militum & paganorum ratio. Nam etſi pactio de ſucceſſione reciproca valeat inter milites: non tamen valet, vt pactum, ſed vt vltima quædam voluntas, quæ ſemper reuocari à milite poſſit, ſi qualiſcunque ſiniſtre ſuſpicandi ratio de eo, cum quo pactus fuit, interueniat.

His conſequens eſt, non valere pactum patris dotali inſtrumento inſertum, vt filia dote ſit contenta, & ſolus frater patri ſuccedat. *Qu. 64 An valeat pactio patris cum filio vt filia dote contenta nō habeat regreſſū ad bona paterna?*

Et ſane ſi filia non conſenſerit, nec etiam ſucceſſioni & hereditati paternæ renunciauerit, res expedita eſt, pactum videlicet huiuſmodi neque vim pacti habere neque teſtamenti aut diſpoſitionis inter liberos.

Etenim conſtat parentes teneri liberos ſuos aut heredes inſtituere, aut verò exheredare, & per exheredationem à ſucceſſione remouere & excludere, *Nouell. 115. cap. 3.* Nec alius modus liberos à ſucceſſione paterna excludendi iure noſtro proditus reperitur, præter iuſtam exheredationem: etiamſi itaque pacto inter patrem & fratrem conuenerit, ne filia ſuccederet, ſed ſolus frater admittatur, pactio iſta nullius erit momenti.

2. Accedit quod pactio duorum non poſſit præiudicari tertio, nec ius ipſius deterius conſtitui *l. 27. §. 4. ff. de pact. & l. 3. pr. ff. de tranſact.* nihil itaq; præiudicabit conuentio patris & filij de filia ab hereditate paterna excludenda, nec obſtabit filiæ quominus ſuccedere poſſit.

3. Quia per pactum non poteſt libertas teſtandi adimi *l. 15. C. de pact. l. 3. Cod. de collat.* atqui ſi valeret huiuſmodi conuentio, vt filia dote eſſet contenta, & ſolus ſuccederet filius, adimeretur libera teſtandi poteſtas patri. Quocirca tale pactum ſubſiſtere & valere non poteſt.

His non obſtat *l. vltim. C. de pact.* vbi Iuſtinianum Imperator iubet valere pactum de futura ſucceſſione & hereditate tertij, ſi is conſenſerit: vnde ſequi vide-

videtur, quod ſuo aſſenſu poſſit quiſque ſibi ipſi liberam poteſtatem teſtandi præripere.

Qua etiam ratione motus Gotofredus ad *dict. l. 15. C. de pact.* putat *d. l. 15. C. de pact. & l. 3. C. de collat. bonorum.* eſſe correctas & emendatas per *l. final. C. de pact.*

Hoc, inquam, non obſtat, quia aliud eſt paciſci, cum alio de hæreditate ſua, aliud vero paciſcentibus alijs conſentire: priori, quod in *d. l. 15.* & *d. l. 3.* prohibetur, libera poteſtas teſtandi adimitur, at poſteriori hoc, quod in *d. l. fin.* conceditur, non aufertur poteſtas teſtandi: quoniam qui conſentit alijs, de ſua hæreditate paciſcentibus, ille voluntatem ſuam mutare, quandocunque voluerit, poteſt, & de bonis atque hereditate ſua teſtari *d. l. fin. in verb. niſi ipſe forte, de cuius hereditate pactum eſt, voluntatem ſuam eis accommodauerit, & in ea vſque ad extremum vitæ ſuæ ſpacium perſeuerauerit.*

Quocirca per *d. l. finalem.* nõ corriguntur *d. l. 15.* & *d. l. 3.* cum de quæſtionibus plane diuerſis ſint conceptæ.

Qu. 65. An ſi filia renunciauerit ſucceſſioni vel in pactũ patris cum fratre initũ, vt hic ſolus ſuccederet, cõſenſerit, valeat pactum?

Sed quid, ſi filia conſenſerit patri & fratri ſic paciſcentib. vt illa dote eſſet contenta, & ſolus frater ſuccederet, anne valebit hoc pactum?

Reſpondet Author noſter, pactum iſtud valere hactenus ſolum, vt quod legitimæ deeſt, ſuppleri debeat filiæ, ſi fortaſſis legitimam dos non adæquet.

Quæ Authoris ſententia hoc nititur fundamento, quod volenti & conſentienti ſuoque beneficio & fauori renuncianti, filiæ nulla fiat iniuria, etiamſi non admittatur ad ſucceſſionem paternam.

Legitimam tamen habere debeat filia, quoniam renunciatio, contra legem naturæ facta, nullius eſt momenti *cap. non eſt obligatorium de regul. iur. in ſext.* Atqui legitima portio, quæ liberis debetur inducta ſit iure naturæ *l. 7. ff. de bonis damnat. l. in ſuis. ff. de lib. & poſthum.* quam rationem adducit Hotománn. *conſil. octauo.*

Sed ſi res hæc diligentius conſideretur & omnia accuratius ponderentur, palam erit, hanc ſententiam tollerari nullo modo poſſe, nec pactum iſtud ſuſtineri, etſi legitimam habuerit filia aut implementum eius conſecuta fuerit; ſed penitus atque ſimpliciter nullum eſſe.

Pro qua ſententia facit textus in *l. 3. C. de collat. bonor.* vbi Alexander Imp. in hæc verba ſcribit: *Pactum dotali inſtrumento comprehenſum, vt filia contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regreſſum haberet, iuris authoritate improbatur, nec inteſtato patri ſuccedere filia prohibetur.*

2. Cui conſentit Papinianus in *l. fin. ff. de ſuis & legitim. Pater,* inquiens, *inſtrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepiſſe, ne quid ex hereditate patris ſperaret, eam ſcripturam ius ſucceßionis non mutaſſe cõſtituit. Priuatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri.*

3. Eodemque pertinet elegans Iuſtiniani reſcriptum in *l. ſi quando. 35. C. de inoffic. teſtam. Illud etiam ſancimus, vt ſi quis à patre certas res vel pecunias accepiſſet & pactus fuiſſet, quatenus de inofficioſo querela aduerſus teſtamentum paternum minime ab eo moueretur, & poſt obitum patris filius, cognito paterno teſtamento, non agnouerit eius iudicium, ſed oppugnandum putauerit, vetere iurgio exploſo huiuſmodi pacto filium minime grauari ſecundum Papiniani reſponſum, in quo definiuit, meritis magis filios ad paterna obſequia prouocandos, quam pactionibus adſtringendos.* Ecce hic proponitur filius, pacto cum patre inito, renunciaſſe querelæ inofficioſi teſtamenti: poſt mortem vero patris mouiſſe querelam, aduerſus teſtamentum paternum in quo erat inique exheredatus, & dicitur pacto

Ggg non

non teneri filium ſtare; idque ex ea ratione, quod filij magis ad paterna obſequia prouocandi ſint, quam pactionibus adſtringendi.

Nec eſt quod quis excipiat, adductas leges intelligendas duntaxat eſſe de ſupplemento legitimæ: non autem de integra parte hereditatis: nam priores duæ leges aperte loquuntur de integra hæreditate atque, quoad hanc, pactum nullum eſſe pronunciant, non vero de legitima duntaxat: poſtrema vero lex, quamuis videatur ſignificare agi de ſupplemento legitimæ, tamen neque de ea diſerte loquitur, & ad caſum huic noſtro contrarium pertinet, nimirum quo pater teſtamentum ſcripſerat, hoc autem caſu, qui nobis propoſitus eſt, pater inteſtatus deceſſit: & quorſum, obſecro, pertineret diſputatio de legitima aut ſupplemento legitimæ vbi inteſtato pater deceſſit? Fruſtra igitur diſputaretur hoc caſu de ſupplemento legitimæ, cum eius ratio nunquam, niſi ob inſtitutionem in minore parte, aut exheredationem habeatur *l. omnimodo. C. de inoffic. teſtament.*

4. Accedit inſuper quod ratio, ob quam huiuſmodi pactum improbatur, etiam eo caſu locum habeat, quo legitima eſt filiæ relicta: ſiquidem pater & tunc pacto ſibi liberam teſtandi facultatẽ adimit. At talia pacta iure noſtro improbantur *l. 15. C. de pact.*

5. Poſtremo quod tale pactum, quo conuenit, vt filia dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex ciuilis, teſtis eſt Pontifex in *capit. quamuis. de pact. in ſext.* ubi etiam ipſe fatetur quod non valeat, quamvis renunciatio filiæ interuenerit, niſi renunciatio iurata fuerit.

Nec obſtat quod filia fauori ſuo renunciare poſſit *l. penult. Cod. de pact.* Reſp. Nam hoc cæteris paribus verum eſt ac procedit, ſi non aliud quippiam obſtet renunciationi ſicut in propoſito renũciationi iſti obſtat, quod libertatem teſtandi adimat parenti *d. l. 15.* deinde procedit quando expreſſa legis prohibitio non obſtat, vt in propoſito, nam in *dict. leg. 3. Cod. de collat. bon.* expreſſe improbatur pactum filiæ, renunciatione eius quantumuis interueniente.

Si pater filiam quæ, vt dictum eſt, conſenſit in pactum, vt filius ſolus ſuccederet, vel quæ renunciauit iurato paternæ ſucceſſioni, heredem inſtituerit, quæſtio eſt, anne filia, ex tali teſtamento hæres extitura, & hereditatem paternam aditura, poſſit repelli exceptione pacti iurati? *Qu. 66. An filia patre conſentiente renũcians ſucceſſioni paternæ & quidẽ iurato poſſit ex teſtamento patris eſſe heres?*

Negatiua placet Authori noſtro, quam etiam probant & ſequuntur Gailius & Graſſus in locis, ab Authore allegatis.

Quam ſententiam & ipſe veram eſſe iudico; tum quia renunciatio filiæ intelligi debet de ſucceſſione ab inteſtato; adeoque filia, quæ ſucceſſioni & hereditati paternæ renunciauit, cenſetur ſolum ſucceſſioni ab inteſtato & hereditati legitimæ, non etiam teſtamentariæ renunciaſſe, maxime quia renunciationes filiarum de non ſuccedendo ſunt odioſæ & ſtricti iuris *l. pactum dotali C. de collat. bonor. l. pactum quod dotali. C. de pact.* tum quia pater inſtituendo filiam cenſetur renunciationem etiam iuratam remiſiſſe Marant. *diſputat. 10. num. 35.* quod verum de pacto, quod pater cum filia fecit: non autem de pacto quod pater cum filio inijt, vt ipſe ſolus ſuccedat, & filia dote ſit contenta; nam ab hoc pacto pater, inuito filio recedere non poteſt *argum. l. 3. Cod. de reſcind. vendit.*

Sed quid ſi nominatim & in ſpecie iuraſſet filia ſe ex teſtamento non ſucceſſuram? Nihilo tamen minus admittetur ex patris teſtamento.

Et ratio eſt quod huiuſmodi iuramentum,

rum, vtpote legibus ciuilibus, talem filiæ renunciationem improbantibus, contrarium, ipſo iure ſit nullum, nec ſeruari debeat *l.5.C.de ll.* nec bona conſcientia ſeruari poſſit *argum. cap. 13. ad Roman.*

Lit. F. Qu. 67. *An pactũ de nõ ſuccedendo iure ciuili valeat; & ſi valet, quaten⁹?*

Pactum igitur de non ſuccedendo non minus legibus noſtris ciuilibus improbatur, quam pactum de ſuccedẽdo; id quod fatetur & agnoſcit Pontifex in *d.c.quamuis de pact. in ſext.*

Cuius ratio vix alia commodior dari poteſt, quam hæc, quod improbus ſit quiſquis de viuentis ſucceſſione ſollicitus eſt *l.2.ff.de vulg.& pupill.ſubſtit.* atq; dicitur feſtinare contra bonos mores ac contra iuſgentium *l.29.§.donationem.ff.de donat.* atqui paciſcitur de non ſuccedendo is, quamuis ſibi præripiat ſuccedendi facultatem, de ſucceſſione tamen eius, quo cum paciſcitur, cogitat & ſollicitus eſt.

Verum an valeat tale pactum de non ſuccedendo, ſi is, qui paciſcitur ſe non ſucceſſurum, tantum accipit ab eo, cui pactum fecit, quantum ei ex hereditate, cui renunciauit debetur loco legitimæ?

Affirmat Author noſter, ſed ſupra hanc ſententiam reiecimus per textum in *l.3. C.de collat. bon. & l.fin.ff. de ſuis & legitim.* vbi & rationem huius aſſignauimus.

Non obſtat *l.35.§. illud. C.de inoffic. teſtam. & l.1.§. 3.ff.ſi à patre quis manumiſſ.* vbi, ſi filius tantum acceperit à patre, quantum ei ſufficit ac portionem naturâ debitam ea lege, ne iudicia patris inquietaret, excluditur à querela inofficioſi, vel exceptione doli repellitur.

Etenim præter id, quod ſupra ad *d. l.35.* reſponſum eſt obſeruari debet, quod & Donellus notat, quod in neutra lege excludatur filius propter pactionem, ſed quia quartam portionem debitam accepit: ius autem ita eſt, vt quarta querelam excludat etiam citra vllam pactionem *l.8. §.ſi quis quartam.ff.de inoff. teſtam.*

Et ſane non ſequitur, in propoſito caſu filia excluditur à querela inofficioſi. Ergo pactum illud de non ſuccedendo validum eſt.

Quocirca pactum de non ſuccedendo, ne quidem eo caſu ſuſtineri videtur, quo legitimam ſaluam habet qui paternę ſucceſſioni renunciauit.

Non equidem me fugit Iohannem Coraſium, Ictum alias excellentiſſimum ſtatuere pactum de non ſuccedendo inter patrem duntaxat & filiam eſſe illicitum: inter filium autem & patrem alioſque extraneos hoc nomine eſſe prohibitum.

Specialem autem prohibitionis rationem in filia hanc eſſe dicit, quod filia non ex voluntate, ſed ex nimia patris reuerentia, quæ Plinio teſte, plus ſæpe efficiat, quam error, paternæ ſucceſſioni renunciaſſe videtur *l.1.§.quæ onerandæ.ff.quarum rer.act.* modico etiam accepto, ne patris odium incurrat *l.35.§.illud. C.de inoffic.teſtam.*

Cæterum valde vereor ne ſententia hæc ſuſtineri poſſit; cum idcirco pactum de non ſuccedendo inter patrem & filiam non ſubſiſtere conſtet, quia adimat tale pactum parenti liberam teſtandi facultatem *arg.l.15.C.de pact.* Reuerentialis ſane metus ad contractum reſcindendum non ſufficit, prout expreſſe arguit *l.interpoſitas. C. de tranſact.* committitur ergo fallacia cauſæ.

Statuto tamen pactum de non ſuccedendo recipi poſſe, multi opinãtur, quos & Author noſter ſequitur: idq; propterea quod prohibitio huius pacti ſaltem ciuilis ſit, nec iure naturali reprobetur *cap. quamuis de pact. in ſext.* atqui ſtatutum & conſuetudo iuri ciuili derogare poſſunt.

Sed à veritate huiuſmodi opinionem

quam longiſſime aberrare puto: cum ex prædictis conſtet, quod etſi legibus ciuilibus pactum iſtud de non ſuccedendo prohibeatur: prohibitio tamen iſta non mere ſit ciuilis; ſed naturali ratione nitatur; ideo enim diximus tale pactum, quo futuræ ſucceſſioni renunciatur, non valere, quia qui iſtud init, de ſucceſſione viuentis, eius videlicet, quo cum paciſcitur, cogitat, eſtque ſollicitus: quod impium & bonis moribus contrarium eſſe, ait ICtus in *dict. l.2.ff. de vulg. ſubſtitut.* at ſtatutis & conſuetudinibus ea introduci non poſſunt, quæ rectæ rationi, bonis moribus ac honeſtati repugnant, *l.36.ff. de legib.*

Quanquam negari non poſſit, quod hoc in loco Author noſter annotat, vſu videlicet fori hodie ſententiam iſtam receptam eſſe atque probatam: ſed exclamandum eſt cum Vlpiano, in *l.13.§.fin.ff. de muır.* hoc quidem receptum eſt, ſed nullo iure.

Lit. G. Qu. 68. *An renunciatio filiarum iurata ſit efficax & filiã à ſucceſſione paterna excludat.*

De iurata ſane renunciatione conſtat, eam iure Canonico & notoria totius Germaniæ conſuetudine eſſe validam & efficacem ad filias à ſucceſſione paterna excludendas: Ita quippe Bonifacius Pontifex Romanus in *capit. quamuis.de pact.in ſext. Quamuis pactum patri factum à filia, dum nuptui tradebatur, vt dote contenta nullum ad bona paterna regreſſum haberet, improbet lex ciuilis; ſi tamen iuramento non vi, nec dolo præſtito firmatum fuerit, ab eadem omnino ſeruari debebit. Cum non vergat in æternæ ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum.*

Atque hanc ſententiam & iſta ratione ſtabiliunt, quod iuramentum eius ſit efficaciæ, vt actus alioquin iure validus, efficiatur legitimus ac validus, vt tradit *Bartol. in l.ſi quis pro eo.ff. de fideiuſſor.* Licet itaque renunciatio futuræ ſucceſſioni iure non ſubſiſtat, iuramento tamen accedente ita conualidatur, vt iuſta & legitima cenſeatur.

Adducunt inſuper exemplum Eſaui, fratri ſuo ius primogenituræ cedentis, *Geneſ. 25.*

Cæterum etſi hæc opinio non modo communi Interpp. omniumque Canoniſtarum calculo ſit repta, ſed & vſu ac conſuetudine ita confirmata, vt in iudicando ab ea recedere non liceat: contraria tamen opinio veritati & rationi iuris, iurique ciuili ac diuino magis conſentanea videtur: tum quia pactum de non ſuccedendo iure ciuili prohibitum eſt, vt Pontifex ipſe in *dict. cap. quamuis.* fatetur. At iuramentum, quo id confirmatur, quod legibus ciuilibus repugnat, non ſolum iure ciuili improbatur & nullum atque ineſficax eſſe pronunciatur *l.5. Cod. de ll.* ſed etiam iure diuino, vt conſcientiæ repugnans, reijcitur; cum quicquid contrariatur magiſtratui eiuſque bonis legibus, ordinationi diuinæ repugnare dicitur *cap.13. ad Romanos.* Tum quia repugnat tale iuramentum bonis moribus, quoniam confirmat pactum eiuſmodi, quod bonis moribus contrariatur: improbum ſiquidem eſt de viuentis ſucceſſione paciſci *l.2.de vulg. ſubſtit.* tum denique quia pacto priuatorum ius publicum mutari non poteſt *l.38.ff.de pact.* igitur nec pacto iurato ius iſtud publicum, quod pacta de non ſuccedendo prohibet, mutari poterit.

Ex his igitur rationibus dicendum eſt, ius Pontificum, iuratum huiuſmodi pactum admittens, iuri ciuili derogare nihil poſſe: ſed ius Cæſareum Pontificio iuri in præſenti caſu præualere debere.

Ad reliqua vide quę reſpondi in *tract. de pact.c.5.q.7.*

Illud ad propoſitum non facit, quod conſuetudo ſoleat etiam ſcriptis legibus dero-

derogare *leg.32.ff. de ll.* §.*penult.Inſtitut.de natur.gent. & ciuil.* conſuetudine vero vniuerſali totius Germaniæ pactum iuratum, quo futuræ ſucceſſioni renunciatur, ſit receptum, vt teſtantur Mynſinger & Gailius in locis ab Autore allegatis: nam conſuetudo bonis moribus & recte rationi repugnans obſeruari nō debet, nec iuris autoritatem obtinet *arg. d l.36.de legib.*

Conſtitutione equidem Electoris Saxoniæ Diui Auguſti iurata hæc renunciatio aperte confirmatur, eandemque vſus fori Saxonici abunde probat, vide *Conſtitut.35.part.2.*verba paulo infra recitabo.

Qua ſententia præſuppoſita, æquiſſima mihi videtur Autoris aſſertio, iuratā enunciationem, ſucceſſioni paternæ factam, non aliter valere, quam ſi filiæ legitima, ſiue dos, quantitatem legitimæ exæquans, relicta fuerit ſalua.

Equidem Andreas Fachineus *3. contr. 24. & 25.* contrarium tenet: idque ex eo fundamento, quod legitima ſit pars ſucceſſionis & hereditatis ab inteſtato *l 8.§. ſi quis mortis ff.de inoffic. teſtam. l.cum quæritur C. eod.tit.* proinde cum toti hereditati renunciatur, intelligitur etiam renunciatum eſſe legitimæ, tanquam parti hereditatis; cum in toto pars contineatur *cap. in toto.de Reg.Iur.in ſext.*

Sed vt dixi, contraria opinio verior eſt, quoniam legitima eſt æs alienū iure naturæ debitum *l.fin ff. de bonis damnat.* cui in dubio non cenſetur renunciatum; nam pactio & iuſiurandum, quod legi naturæ contrariatur, nullius eſt momenti *l 5. C. de legib.* ex quo etiam liquet, diuerſam eſſe rationem hereditatis totius & legitimæ; vt ita argumentum à toto ad partem firmiter non concludat. Nam tunc demum argumētum à toto ad partem valet, quando eadem eſt ratio partis & totius, non quando eſt ratio vtriuſque diuerſa.

Et huc inprimis facere videtur *l. 35. §. generaliter. C. de inoffic. teſtament.* vnde probatur, quod per renunciationem generalem non cenſeatur legitimæ renunciatum.

Et quāquam Andreas Fachineus reſpondeat, iſtam legem *35.* ideo nihil ad rem facere, quia hoc ſolum probet, quod legitimæ non videatur renunciatum a filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, ſimpliciter agnouerit, at hic proponatur filia ſucceſſioni in vniuerſum renunciaſſe.

Sed optime ad rem textus iſte recte & diligenter conſideratus, pertinet: quanquam enim filius legatum ex iudicio teſtatoris accipiens, hereditati paternæ generaliter renunciaſſe, iudiciumque patris, ipſum filium excludentis, approbaſſe intelligatur; non tamen videtur etiam legitimę renunciaſſe, adeoque generali etiam renunciatione hereditatis non cenſetur legitimæ renunciatum.

Huc quoque facit, quod legitima non ſit portio hereditatis ſed bonorum: quādoquidem hereditas continet non ſolū commoda, ſed mera etiā & incommoda hereditaria *l.hereditas deVerb.Signific.* at legitima omnis oneris eſt expers *l. 8. §. 9. ff. de inoffic.teſtam.* Idcirco pars teſtamēti dici non poteſt. Vide quæ dicuntur infra *diſput.13.theſ.12.lit.C.* ex quo liquet, quod fundamentum Andr. Fachinei minus ſit ſolidum.

Quid vero dicendum, ſi filia, quæ hereditati paternæ renunciauit, viuo adhuc patre è viuis deceſſerit relictis poſt ſe liberis, vtrū liberi iſti ſucceſſione matris per renunciationem eius excluſi erunt? *Qu. 69. An matris renunciatione filij à ſucceſſione aui materni excludātur, ſi filiam ante patrē mori contigerit?*

Affirmatiua videtur prima fronte amplectenda per ſubſequentes rationes.

1. Heredes coguntur factum defūcti ratū habere, nec contra illud venire poſſunt *l. Cū à matre. 14. C.de R.vindicat.l.194. ff. de R. Iur.* proinde & liberi, qui matri heredes ſunt ratam habere tenentur renun-

renunciationem matris quæ iuramento fuit confirmata, nec contra eam venire & auo materno ſuccedere poſſunt.

2. In dubio cenſetur filia pro ſe & liberis ſuis renunciaſſe *l. 9. §. fin. ff. de probat.* quocirca matris renunciatio etiam filiis oberit, quominus auo materno ſuccedere poſſint.

3. Mater renuncians, dote accepta, videtur conſecuta eſſe dotis partem ſibi debitam, quia dos loco hereditatis eſt: atqui mater ſi ſucceſsiſſet patri ſuo, procul dubio ſuccedere nõ poſſent filij eius: idem igitur dicendum quãdo mater dotem loco ſucceſſionis & hereditatis paternæ accepit.

4. Inſuper nepos nõ ſuccedit auo materno, niſi iure matris: atqui ius matris, quod habuit in ſucceſſione & hereditate ſui patris, extinctum fuit renunciatione matris: igitur, iure iſto extincto, nepotes auo ſuo paterno ſuccedere non poſſunt.

5. Præterea pactum tranſit ad heredes *l. pro hereditarijs C. de hered. act. l. 8. §. vendendo. ff. de pign. act.* igitur & pactum iſtud, quo ſucceſſioni paternæ mater renunciauit, ad eius heredes & ſucceſſores tranſibit.

Sed his rationibus non obſtantibus, dicendum & ſtatuendum videtur, renunciationem matris nequaquam obeſſe nepotibus, quo minus poſſint auo ſuccedere eo caſu, quo, auo adhuc viuo, mater viuis exceſſerit.

Cuius ſententiæ communiter approbatæ, præcipuum fundamentum in eo conſiſtit, quod iuramentum omne perſonale ſit, nec obliget ſucceſſores *c. debitores. extr. de iureiur. l. 3. § pen. ff. de iureiur.*

Proinde nec iuramentum iſtud ad heredes filiæ tranſibit, quo futuræ parentis hereditati renunciauit.

2. Cui & hoc addi poteſt, quod renũciatio matris tacitam hanc conditionem contineat, ſi hereditas ipſi delata fuerit *l. qui ſuperſtites. ff. de acquir. hered.* atqui in caſu noſtro, quo filia ante patrem eſt mortua, conditio hæc aperte defecit: ſiquidem illi hereditas patris delata fuit: ideo renunciatio quoq; deficit, nec vim vllam aut effectum habebit.

3. Quicunque proprio & non alieno iure ſuccedunt, illis obeſſe non poteſt renunciatio alterius, ex cuius iure & perſona non ſuccedunt, atqui filij matris renunciantis, ſuccedunt auo materno ex ſua perſona, atque iure proprio, non vero ex perſona matris, *Nouel. 118. cap. 1.* igitur illis facto & renunciatione matris nihil quicquam præiudicatur.

4. Huc etiam non parum facere videtur *l. ſi quis filio ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* vbi, ſi teſtator exheredat filiũ ſuum, qui moritur ante teſtatorem, talis exheredatio non nocet nepotibus ex illo filio, cui videtur eſſe conſequens, quod nec renunciatio matris liberos excludat; cum validum ſit argumentum ab exheredatione ad renunciationem.

5. Eandemque ſententiam confirmare videtur *l. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filium. ff. de lib & poſthum.* vbi nepos præteritus rumpit teſtamentum, quando filius exheredatus moritur ante patrem, quia ſcilicet nepos ſubintrat locum filij & venit ex propria perſona: igitur & in propoſito excluſio matris mortuæ ante fratrem non nocet nepotibus ſubintrantibus locum ex perſona propria *l. 10. §. fin. ff. de bonis quæ lib.*

His non aduerſantur, quæ ſupra pro contraria ſententia adducta fuerunt.

Quod enim primo dicebatur, ſucceſſores teneri factum defuncti præſtare, id hactenus procedit & verum eſt, quatenus ſunt heredes & ex perſona defuncti veniunt, atque iure eius vtuntur: iam vero dictum eſt ſupra, quod in caſu noſtro nepotes ad aui paterni ſucceſſionem

Digitized by Google

nem veniant, non ex perſona matris, nec iure ipſius, ſed ex perſona propria iureque ſuo & proprio.

Ad ſecundum reſpondetur, præſumptionem iſtam locum in caſu propoſito non habere, cum renunciatio iuris ſtricte accipiatur, maxime reſpectu tertij *argum. l. 27. §. 4. ff. de pact. & l. 3. pr. ff. de tranſact.* præterea etſi renunciatio alias ſucceſſoribus quoque præiudicaret, id tamen hactenus verum eſſet, quatenus vterentur iure anteceſſoris atque ex perſona defuncti ſuccedere vellent. Deinde in caſu noſtro renunciatio non eſt pura, ſed vt dictum fuit, conditionalis, quę tacitam iſtam in ſe conditionem continet, ſi delata aliâs fuiſſet ſucceſſio paterna, ſi renunciatio facta non eſſet: atqui conditionem hanc deficere cum viuo adhuc patre filia decedit, expeditum eſt. Denique in *dict. leg. 9. de probat.* dicitur in dubio præſumi quemque heredibus ſuis proſpicere & cauere voluiſſe: non autem aſſeritur, in dubio quemque heredi ſuo voluiſſe præiudicare & nocere pacto.

Ad tertium bene reſpondet Fachineus, vbi filia renunciat hereditati paternæ, & dotem accipit, non dici eam accipere dotem hereditatis loco, ſed, dote contenta, dicitur hereditati, adhuc ſibi debitæ, renunciare: quia pater tenetur dotare filiam *l. vlt. C. de dot. promiſ.* & nihilominus tamen filia patri ſuccedit, conferendo tamen dotem: ergo non videtur hereditatem accepiſſe.

Et ſane quod neque dos, neque legitima ſit pars, ſiue portio hereditatis, ex prædictis conſtare puto.

Ad quartum reſpõſio ex hactenus adductis patet, & quod nepos auo materno, remota filia, iure proprio ſuccedat, diſerte comprobat *Nou 118. c. 1*

Ad quintum non eſt difficilis reſponſio: nam pactum reale tranſit ad heredes, ſed non iuramentum, quia hoc eſt perſonale *cap debitores. extr. de iureiur.* perſonalia vero ad heredes tranſire non ſolent: ſicut nec perſonale pactum ad heredes eſt tranſitorium *l. 48. de pact.*

Sed verum filia ſuperſtitibus fratribus ſucceſſioni renuncians, poſtea defunctis fratribus, admittatur ad ſucceſſionem paternam cui renunciauit, non obſtante renunciatione iſta, porro quæritur? Qu. 70. *An facta renunciatione, fratribus adhuc ſuperſtitibus, illis poſtea defunctis admittatur filia?*

Et verior atque receptior eſt opinio, quod ſi fratres, viuo adhuc patre, deceſſerint, renunciatio filiam non excludat, ſed admittatur poſtea ab inteſtato ad hereditatem paternam.

Ratio & fundamentum huius opinionis in eo cõſiſtit, quod remotis his, quorum cauſa & fauore renũciatio facta eſt, ipſa quoque renunciatio deficiat; atqui filia paternæ ſucceſſioni renuncians, fratribus exiſtentibus, præſumitur reſpectu & intuitu fratrum renunciaſſe; hæc proinde cauſa renunciationis ſublata, cenſetur ipſa quoque renunciatio expiraſſe.

Aliud dicendum ſi poſt mortẽ demũ patris deceſſerint fratres: cum enim per hos filiæ ſemel fuerint excluſæ, in perpetuum excluſæ manebunt *cap. 1. §. qui etiam Epiſcopum Abbat. feud. dar. non poſſ.*

Quod ſi filia dotem, legitime congruã, acceperit ac paternę hereditati & ſucceſſioni renũciarit, poſtea vero bona paterna fuerint aucta, anne filia ſupplementũ dotis petere poſſit, quæritur? Qu. 71. *An filia quæ renũciauit dote accepta auctis poſtea parentũ facultatib. ad ſupplementũ dotis agere poſſit?*

Et quidem Mynſing. Gulielm. de Cun. & pleriq, ſtatuunt, quod filia renuncians generaliter ſucceſſioni paternę, nõ intelligatur renũciaſſe legitimę vel iuri petẽdi ſupplementũ eiuſdem, niſi ſpecialẽ de ea mentionem fecerit in renunciatione.

In Electoratu tamen Saxon. negatiua eſt recepta & cõſtitutione Auguſti cõfirmata, cuius hæc ſunt verba: *Vnd wiewol etliche darzu eine* limitation *oder* exceptiõ

zuſet-

Digitized by Google

zu ſetzen pflegen, nemlich vvenn ein Vatter eine Tochter ausgeſtevvert, die iegen jhrer mitgifft eydlich verzicht gethan, vndt der Vatter vvehre darnach reicher vvorden, denn er zur Zeit des ausſtevvern gevveſt, daß die Tochter vnangeſehen der eidlichen verZicht, alß dan ferner anforderung haben ſolte.

Dievveil aber aus vieler bevvehrter Rechts verſtändiger meinung davvider geſchloſſen vvirdt vvelche den eydt der læſion *vorziehen, So ſollen ſich vnſere Hoffgericht,* Iuriſt*en* Facult*äten vnd Schöpffen Stühle deßen auch alßo haltten.*

Rationem vero huius conſtitutionis Electoralis putat Mollerus iſtam fuiſſe, quod cum filia nihil omnino eius, quod dotis nomine accepit, cogatur reſtituere, diminutis facultatibus paternis, atq; patre ad inopiam vergente *l. fin. ff. de dot. collat.* Ita quoque auctis paternis bonis, non poſſit filia ad dotis augmentum agere *arg. l. pen. C. de don.*

Nec ad rem facit quod dos ſit loco legitimæ: Reſpond. Nam ſi filia, certa quantitate, loco legitimæ accepta, hereditati renunciet, non poteſt ad augmẽtum poſtea agere, auctis facultatibus paternis, vt tradit poſt Hartman. Piſtor. Moller. *ad d. cõſtitut. 35.* quare argumentum à legitima ad dotem, parum huc ad propoſitum concludit.

Qu. 72. *An ob enormem læſionem reſcindatur renũciatio?*

Sed vtrum renunciatio iurata reſcindatur ob læſionem factam vltra dimidiũ, quæſtio perquam dubia & intricata?

Primo enim Corneus & quidam alij diſtingunt iter læſionem enormem & enormiſſimam, vt propter hanc reſcindatur renunciatio etiam iurata, propter illam vero non item.

Nonnulli vero indiſtincte affirmant, reſciſſionẽ iuratæ renũciationis propter læſionem, dimidium excedentẽ, admitti.

Alij deniq, indiſtincte hoc negant.

Pro ſententia affirmantium hæc argumenta militare videntur.

1. In *l. ſi ſuperſtite C. de dolo.* ob immodicam læſionem datur actio doli vel in factum, vel ad ſupplementum, vel ad reſciſſionem contractus: *Sane,* inquiunt Imperatores, *ſi immodice læſa es non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuenda eſt.*

2. In *l. Maioribus C. communia vtriuſq;* pro regula traditur, quod id quod inæqualiter factum fuerit, reformetur, igitur etiam renunciatio, inæqualiter facta, reformabitur, iſta inæqualitate ſublata.

3. Inſuper *l. 2. C. de reſcind. vendit.* quæ ob enormem læſionem ab emptione recedere permittit, in omnibus tam bonæ fidei, quam ſtricti iuris contractibus, locum habet, vt communis fere eſt interpretum ſententia.

4. Ad hæc læſio dolo facta facit, vt cõtractus reſcindatur *l. Eleganter & tot. tit. ff. de dolo.* Atqui enormis vel enormiſſima læſio, dolo facta cenſetur *l. ſi quis cum aliter. ff. de Verb. Obligat.*

Pro negantium vero opinione facit primo, quod tranſactio non reſcinditur ob læſionem etiam enormiſſimam *arg. l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.* Et nos dicemus infra in *diſput. ſeq* atqui renũciatio paternæ ſucceſſionis videtur eſſe trãſactionis ſpecies *arg l. de fideicomm. C. de tranſact.*

2. Renunciatio eſt donatio *arg. l. 1. ff. de tranſact. leg. Modeſtinus. ff. de donat.* Donatio autem, cum ex mera liberalitate proficiſcatur, reſcindi non ſolet, ob aliquam læſionem.

3. Inſuper non videtur ratio læſionis habenda cũ agitur de iure nondum quæſito, ſed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet ex *doctr. Bart. in l. 1. §. Nunciatio ff. de oper. nou. nunc.* ſed filia quæ renunciauit, ius futurum incertumq; & nondum quæſitũ, remiſit, ergo nulla ratio habenda videtur eiuſmodi læſionis.

4. Ad hæc filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis *l. 1. §. ſi impuberi. ff. de collat. bonor.* tẽpore autẽ mortis patris, quid

quid & quantum in bonis eius futurum ſit, incertum eſt, ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hereditati, læſionem allegare non poteſt.

5. Accedit huic quod filia dotem à patre acceperit, igitur læſionem allegare non poſſit, quia pater præſumitur melius conſulere, quam vllus quiſpiam filiis ſuis, *l. nec in ea. ff. ad l. Iul. de adult.*

Cæterum Andreas Fachineus, poſteriori hac ſententia reiecta, priori affirmatiuæ ſubſcribit, vt quæ in Imperiali etiam Camera ſit recepta & approbata: ad huius vero negatiuæ fundamenta ordine reſpondet.

Ad primum, renunciationem non eſſe tranſactionem, quia nulla ſit lis, nec timor litis, ſed quædam conuentio, dote accepta, quæ ſi ſit iniuſta & grauem inferat læſionem merito reſcindi debeat.

Ad ſecundum reſpondet renunciationem iſtam non eſſe donationem cum filia renunciat propter dotem, quam putat eſſe ſufficientem & congruam, ideo ſi decepta ſit, merito poteſt reſciſſionem petere.

Ad tertium reſpondetur, læſionem conſiderandam habita ratione temporis dotis datæ & renunciationis factæ, quod tempus certum ſit & ſpectari in læſione diiudicanda debeat *l. ſi voluntate. Cod. de reſcind. vendit.*

Ad quartum eadem reſponſio accommodari poteſt: licet enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuentis, incertumque ſit, quid & quantum mortis tempore in eius hereditate futurum ſit, habenda eſt tamen ratio temporis, quo facta renunciatio eſt, & ius futurum, quod mortuo patre filiæ competiturum eſt conſiderari debet, & ſecundum illud & dotis quantitatem, filiæ datam, læſio æſtimari & cognoſci debet.

Ad quintum reſpondet Fachineus patrem quidem præſumi bonum conſilium capere pro filiis ſuis, ſed in claris præſumptiones ceſſare: cum hic ſermo ſit de eo caſu, quo de immodica filiæ læſione conſtat.

Concludit igitur Andreas Fachineus renunciationem enormem læſionem inferentem eſſe reſcindendam.

Quæ ſententia, etſi Gailio teſte *2. obſ. 147.* in Camera Imperiali ſit recepta; veritate tamen theorica, qua non quid receptum, ſed quid verum ſit, quidque iuri eiuſdemque rationi conuenientius, ſpectatur, contrariam negativam longe veriorem iudico, non quidem ob rationes pro ea paulo ſupra adductas, ſed ideo potius, quod in iure noſtro maior habeatur iuramenti, quam læſionis ratio; vnde etiam minori, cui alioquin iudicii imbecillitate læſo ſuccurritur, non conceditur à iurato contractu recedere, etſi per eum grauiter læſus fuerit *l. 1. & authent. Sacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vendit.*

Quo etiam facere videtur *cap. quamuis. de pact. in ſext. & c. cum contingat. extr. de iureiur.* in quibus pro regula traditur, quod iuramentum, quod bona conſcientia ſeruari poteſt, ſit ſeruandum, nec ab eo recedi oporteat.

Cui accedit etiã hoc ꝙ filia renuncians paternæ ſucceſſioni, expreſſe dicat ſe dote ſua fore contentam: præter igitur dotem, legitimæ congruam, non poteſt quicquam exigere filia.

Et hæc ſententia comprobata eſt Electorali conſtitutione Diui Auguſti Electoris Saxoniæ, cuius hæc ſunt verba.

Wievvol vortreſſliche Rechtsgelehrten derer meinung ſein, vvann eine Tochter eydtlich verzicht gethan, oder da verträge oder handtlung eydlich befeſtiget vvorden, darinnen der oder die ſo geſchvvoren, enormiſſime *vnnd vveit vber die helffte vernachteilet, daß ſolcher beſchvverte theil von dem eyde zue* abſoluiren, *vnnd jhme alßdann der abgang auff angeſtalte rechtliche foraerung zuerſetzen ſey.*

So haben wir doch des eydts, vnd des gewiſſens halber vnſere Räthe, Iuriſten Facultetẽ *vnnd Schöpffenſtüle dahin geſchloſſen, ſollen auch alſo ſprechen vnd erkennen, daß dißfals die geſchworne verzicht, verträge oder handlung gehalten, vnnd wegen obgedachter* læſion *nicht binderzogen werden ſollen, Es wehre denn wegen der Iugendt, vorſetzliches betrugs, oder anderer wichtigen vmbſtenden, d.e* abſolutio iuramenti *Zuzulaſſen, welches in guter vernünfftiger beſcheidenheit ſtehet.*

Argumenta Fachinei quibus ſuam ſtabilire conatur ſententiam, non ſunt magni ponderis.

Quod enim primo loco ex *d. l. ſi ſuperſtite Cod. de dolo.* adducit, id huc plane non pertinet, quoniam de ea immodica læſione loquitur, quæ dolo malo contigerat. Propter hanc & nos largimur, reſcindi poſſe læſionem, eandemque excipit quoque Electoralis Auguſti conſtitutio: at nos de enormi vel enormiſſima læſione loquimur, quæ omnis doli & fraudis eſt expers. Vt taceam quod textus *d. l. ſi ſuperſtite* non ſit conceptus de iurata tranſactione: nos vero de iurata agimus renunciatione.

Ad ſecundum reſpondetur, nec illud huc accommodari poſſe; tum quia filia, dote accepta, renuncians futuræ ſucceſſioni, expreſſe profitetur, ſe dote accepta fore contentam, nec præterea quicquam eſſe exacturam; id quod in aliis contractibus bonæ fidei non contingit, tum etiam quia *d.l. Maioribus.* agit de contractibus non iuratis, à quibus concedo facilius recedi permitti, quam à contractibus iuratis *l.1. & authen. Sacramenta. C. ſi aduerſ. vendit.*

Pari modo *l. 2. Codic. de reſcind. vendit.* impertinenter huc adducitur, quia remedium illius legis ad ſolum contractum emptionis venditionis pertinet, vt ſuo loco demonſtrabitur; deinde quia non pertinet ad iuratum contractum emptionis, à quo ſe non receſſurum iureiurando quis promiſit *arg. d l.1. & d. authent. Sacramenta pub.*

Ad poſtremum expedita eſt reſponſio, ex læſione videlicet enormi vel enormiſſima dolum non præſumi, ſed ad eum probandum aliis coniecturis opus eſſe: neque ad rem facit, *d.l.36. ff. de V.O.*

Nam ex ea colligi non poteſt, ex enormi vel enormiſſima læſione dolum malum præſumi, cum hoc ibidem non exprimatur, verum id ſolum Iuriſconſultus intendat, eum ex poſt facto in dolo conſtitui, qui cum enormiter alterum læſiſſet, læſione iſta intellecta, non tamen ei, quem læſit, damnum reſarcit.

RESOLVTIO THESIS *Nonæ.*

PActum duplex eſt, vnum de petendo, quod & promiſſorium appellant, alterum de non petendo: hoc poſterius non parere obligationem, ſed exceptionem plus quã manifeſtum eſt; ſiquidẽ hoc pacto non id agitur, vt alter alteri obligetur, ſed ne alter ab altero id, quod debetur petat. Sed de pacto nudo promiſſario, an obligationem producat, quæſtio eſt? Et quidem de ciuili obligatione, quod ex pacto nudo non naſcatur, res expedita eſt, cum enim pactum nuda & ſola æquitate naturali nitatur *l.1. ff de pact.* par eſt vt ciuilem obligationem non pariat: verum de naturali ambigitur obligatione, an ne vel hanc producat nudum pactum. Equidem Franciſc. Connãn. *lib. 5. comm. 1.* Hubert. Giphan. *ad rubr. tit. Digeſt. de O. & act.* negant ac pernegant obligationem naturalem ex nuda conuentione oriri. Mouentur autem inprimis *l.7. §. 4. ff. de pact.* vbi Vlpianus. *Cum nulla ſubeſt cauſa propter conuentionem, hic conſtat, non poſſe conſtitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed exceptionem.*

Lit. A. Qu. 73. An pactum nudum pariat obligationẽ naturalem, an vero duntaxat exceptionem?

Quia

2. Quia cum pactum non habet ſynallagma, quia ſi non impletur nihil fraudis affert ei, cui factum eſt, ideo promittenti non affert neceſſitatem ſed liberum illi relinquitur à pacto reſilire: tam enim videtur, eſſe in culpa, qui temere, nulla de cauſa pollicenti credidit, quam ille ipſe, qui vanitatem adhibuit promiſſionis.

3. Adhæc cum huiuſmodi nudæ pactiones ab oſtentatione potius, quam à voluntate proficiſcantur plerumque, aut vt non ſimulate, ſed bona fide fiant, leuiter tamen & parum conſiderate iactetur, magnum fortunis omnium immineret periculum, ſi quocunque dicto aut promiſſo tenerentur homines.

4. Quin & perquam iuſtum eſt aliquid honeſtati, cuiusque & liberalitati relinquere, non omnia ad neceſſitatem obligationis reuocare & exigere: augetur ſiquidem probitatis in nobis & conſtantiæ ſtudium, vbi virtutes iſtæ elucere poſſunt, quod fieri vix poſſet, ſi promiſſa omnia omnes facere cogerentur, quod enim diſcrimen eſſet inter ingenuos & verſutos, inter conſtantes & leues, bonos & callidos? Nunc præſtare, quod ſemel pollicitus ſis, aut alio quouis modo oſtendiſti te facturum eſſe, præclarum & glorioſum eſt, ſed eo tamen glorioſius quominus neceſſarium: nec vnquam aliter conſtitutum videtur, etiam primo illo iure naturæ, quod gentium appellatur, quo iure non verborum, ſed factorum ponderibus æquitas examinabatur.

5. Æquum quidem eſt, neminem fallere inanibus promiſſis, ſed ſi illis carere poſſis ſine fraude tua, ego vero facere non poſſim ſine meo magno damno, vter noſtrûm eſt iniquior, ego qui præſtare nolo, quod tibi profuturum eſt; an tu, qui exigis, quod mihi eſt nociturum? Nec promiſſa igitur ſeruanda ſunt ea, quæ ſunt iis, quibus promiſeris inutilia: nec ſi plus tibi noceant, quam illi proſint, cui promiſeris, vt docet Cicero *lib. 1. offic.* Quare ſi promiſerim tibi 100. cum nulla eſſet cauſa, cur promitterem, vt plus damni facturus ſim in dando, quã tu in accipiendo commodi, quæ tandem erit iniquitas, ſi non dederim? Sane nulla; ſed tu improbe facis, ſi me velis cogere. Quod ſi poſſum ea præſtare, nullo meo detrimento, & tu fortaſſis iis indigeas, laudabile erit ſtare conuentis, non tam quia promiſi, quam quia indiges, quod etſi non promiſiſſem, erat tamen viri boni & iuſti indigentiæ tuæ ſubuenire.

Ab hac vero ſententia communiter Dd. diſſentiunt, ſtatuentes ex pacto naturalem obligationem, quæ & eo iure ſit efficax naſci, licet inde ciuilis obligatio non oriatur Anton. Fab. in Ration. *ad l. 7. §. 4 Digeſt. de pact.* & ibid. Cuiac. Franc. Hotomann. Weſenbec. *in paratitl. leg. de pact. numero nono.* Henric. Bocer. *in leg. 23. de R. Iur. capit. prim. numer. 18. & ſequent.*

1. Per textum expreſſum *in l. 5. §. 2. Digeſt. de ſolut.* vbi dicitur vſuras ex pacto naturaliter deberi: at vbi naturale debitum, ibi quoque obligatio naturalis, cum poſito effectu, neceſſum ſit cauſam poni, aut etiam præceſſiſſe. Quod ſi itaque hoc procedit in pacto vſurario, quod tamen alias minus fauorabile eſt, multo magis procedet aliis in pactis fauorabilioribus.

2. In *l. 1. Digeſt. de pact.* ait Vlpianus, congruum eſſe humanæ fidei, hoc eſt iurigentium, ſeu iuri naturæ, pacta ſeruari: & *in l. 7. §. ait prætor. Digeſt. de pact.* pollicetur prætor ſe pacta ſeruaturum. Itemque *in l. 29. Codic. de pact.* ait Iuſtinianus, pacta conuenta, quæ neque contra leges, neque dolo malo inita ſunt, omnimodo obſeruanda ſunt, & *in l. 7. Codic. eo l.* pacti conuentionisque fides ſeruanda. Quod ſi itaq; pacta ſeruanda ſunt iuregentiũ, conſequens

ſequens eſt, ea quoque eodem iure efficacia eſſe ad naturalem obligationem producendam.

3. Ex pacto quod ſoluitur repeti non poteſt *l. 21. C. de pact. l. 59 § fin. ff. ad Treb. l. inter 26. §. filia, ff. de pact. dot.* Sequitur proinde illud naturaliter deberi: nam vbi nec naturalis ſubeſt obligatio, ibi datur eius, quod ſolutum eſt, repetitio. Et hæc ſententia mihi quoque verior videtur.

Non obſtat hic primo argumentum ex *d. l. 7. §. 2.* petitum: nam quod ibi dicitur pactum nudum obligationem non parere, id de ciuili obligatione, ad producendam actionem efficaci, proculdubio accipiendum. Non ſolum, quia *in d. l. 5. §. 2. ff. de ſolut.* aperte dicitur, ex pacto naturalem obligationem naſci, ſed etiam, quia *in d. l. 7. §. 4.* quæſtio erat de obligatione ciuili: quærebatur enim ab initio illius legis ex quibus conuentionibus ſeu pactis obligatio ciuilis naſcatur? Et reſpondet ad hanc quæſtionem Vlpianus per diſtinctionem: aut pactum nomen habet proprium, aut cauſam vel ſynallagma, aut ab vtroque eſt nudum: ſi nomen habet proprium, vel eo deficiente, ſynallagma, obligationem parit ciuilem *d. l. 7. §. 1. & 2.* Sin neque nomen habet proprium, neque ſynallagma, ſed nudum eſt, obligationem (ſcilicet ciuilem) non parit: vt taceam, quod in dubio nomine obligationis, ciuilis obligatio, tanquam potior, præſtantior & efficacior intelligatur.

Ad ſecundum reſpond. manifeſte peti principium, dum illud principii loco præſupponitur, quod in quæſtione eſt, quod nempe is nulla neceſſitate adſtringatur, ſed libere poſſit reſilire à pacto conuento, qui ſine cauſa quippiam promiſerit; refragatur quippe æquitas & ratio naturalis, quæ pacta ſeruari iubent, *l. 1. Digeſt. de pact. l. 1. Digeſt. de conſtit. pecunia.* Refragatur etiam regula iuris, quod ea, quæ ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto fiant neceſſitatis, *l. ſicut, Codic de O. & act.* Et quid obſecro de donatione dicemus, quæ & ipſa fit nuda conuentione, *§. aliæ. I. de donat. l ſi quis argentum, Codic. eodem. titul.* Et tamen pœnitentiam non admittit.

Ad tertium reſp. Pacta nuda vtriuſque paciſcentis voluntate perfici & abſolui, nec præſumi promittentem luſiſſe aut oſtentationis gratia, quid promiſiſſe, ſed potius rem ſerio egiſſe. Et licet fortaſſis aliter ſenſerit promiſſor, tamen in dubio aduerſus illum interpretationem fieri oportere *l. 39. Digeſt. de pact.* Nec ſane eſt, quod ſibi fortuniſq; ſuis damnum inferri poſt conqueratur: ſibi enim imputet, quod gratis & ſine cauſa quippiam promiſerit, cum cogitare potuerit, imo debuerit, ex pacto & promiſſione ſe iri obſtrictum, nec amplius pœnitere.

Ad quartum reſpond. Illud apertiſſime refragari ſententiæ Vlpiani *in l. 1. pr. ff. de pact.* vbi dicitur, nihil tam congruum eſſe fidei humanæ, quam ea, quæ placuerunt ſeruari, & contra graue eſſe fidem fallere *l. 1 pr. de conſtituta pecunia*; quomodo itaque probitatis & cõſtãtiæ ſtudium in nobis augeretur, ſi fidem fallere permitteretur? Quin potius inconſtantiæ & improbitati feneſtra aperiretur, ſi contra æquitatem naturalem ab eo, quod ſemel placuit, impune recedere concederetur.

Ad quintum reſpond. Nihil penitus iniquitatis ei imputari poſſe, qui ex pacto id, quod ſibi promiſſum eſt, exigit, quamuis fortaſſis alteri futurum ſit detrimentoſum; non ſolum, quia, vt modo dictum, æquitati per omnia, congruit pacta ſeruari & fidem datam non violari; ſed etiam de ſe quæri debet, qui promiſit, quod ſine damno ſuo ſuarumque rerum diſpendio præſtare non poteſt.

Cum

Qu. 74. *An ex pacto nudo actio naſcatur?*

Cum igitur conſtet ex pacto naturalem naſci obligationem; quæritur porro, vtrum exinde actio oriatur ciuilis? Equidem vera & communiſſima opinio eſt, neque ex obligatione naturali actionem naſci, Vaconius à Vacuna *lib. 1. declarat. 2.* Anton. Faber in *l. 7 §. 5. de pact.* Matth. Weſenbec. in *paratit. l. de pact. n. 9.* Henric. Bocer. *d. cap. 1. n. 1.* Hoc quippe innumeris in locis iuris noſtri ciuilis clarè expreſſum eſt. Vlpianus in *leg. 7. §. quinimo. 5. ff. de pact.* aliquoties ſcribit, ex pacto actionem non naſci & in *leg. 10. & 13. C. de pact. vt & in leg. 1. C. de pact. convent. tam ſuper dot.* idem confirmat Iuſtinianus. Idemque ſtatuit Hermogenianus in *l. diuiſionis, 45. ff. de pact.*

Cui non obſtat 1. Quod prætor pollicetur ſe pacta ſeruaturum in *l 7. §. 7. ff. de pact.* Vnde colligunt, prætorem ex pactis actionem dare: Nam edictum prætoris *pacta ſeruabo*, ita exaudiendum, non quaſi ex pacto quouis, etiam nudo, actionem det; ſed quod pactum ſeruet alias actionem, alias exceptionem exinde dando; actionem quidem ſi non ſit nudum *d. l. 16. C. de pact.* Exceptionem verò ſi nudum ſit *d. l 7. §. 4. de pact.*

Non aduerſatur ſecundo *l. 10 ff. de obligat. & Act. & l. 16. §. 4. ff de fideiuſſ.* Nam illic Paulus & Iulianus; naturales, inquiunt, obligationes non eo ſolo æſtimantur, ſi actio aliqua earum nomine competit; verumetiam ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit, quibus verbis duas notas ſeu potius effectus, naturalis obligationis exprimunt, ſi actionem pariat, deinde ſi ſoluti repetitionem impediat.

Variè etiam reſpondetur ad hoſce textus Vaconius à Vacuna in loco ſupra allegato reſpondet, ſi antiquiſſimum ſpectetur tempus, quo ſolo iure naturæ vſi fuerint homines, nec dum iusgentium fuerit inuentum obligationes naturales non parere actionem; ſin ad hoc præſens tempus, quo Iuregentium vtimur, tum naturalis obligatio pariat actionem.

Sed hæc reſponſio non ſolum diuinatoria; ſed etiam falſiſſima eſt, quia plus ſatis conſtat iure Romano ciuili obligationem naturalem non parere actionem regulariter *arg. §. 1. I. de O. & Act. & l. 7. §. 2. Digeſt. de pact.* Deinde ex hac reſponſione ſequeretur, eandem vim eundemque effectum eſſe obligationis naturalis & ciuilis.

Henricus Bocerus in *l. 23. c. 1 n. 5.* & alij, qui ipſum ſequuntur, diſtinguunt inter obligationem merè naturalem & obligationem naturalem iure ciuili approbatam, quę ex contractibus iurisgentium naſcitur, vt de hac poſteriori intelligantur ſupra adductæ leges: non verò de merè naturali. Sed hæc reſponſio diſplicet Fr. Hotomanno. *3. obſ. 2.* quia non ſolum à latina Vlpianus oratione magnopere abhorreat, ſed etiam à bipartita diſtributione obligationis in *d. l. 16. § 2. ff. de fideiuſſ.* aliena ſit.

Ipſe proinde Hotomannus textum emendat & pro *competit* legit *NON competit*, vt ſenſus ſit, obligationem naturalem non ſolum exinde agnoſci, ſi nulla actio ipſius nomine competat; ſed etiam ſi ſolutum repeti non poſſit. Quæ interpretatio & diuinatoria eſt & dura.

Alij proinde dicunt in *d. l. 10. & d. l. 16.* duas notas diſcernendarum obligationum naturalium à ciuilibus tradi, 1. Si competat actio, & tum ſit ciuilis, 2. Si ſoluti retentio, tum ſit naturalis.

Sed huic ſolutioni verba textus expreſſe re fragantur, vtraque enim lex de actione loquitur, quæ nomine naturalium obligationum competat, vt clare euincunt verba, *ſi earum nomine.*

Veriorem itaque iudico ſententiam Giphanij, qui in explicat. *d. l. 10.* ſtatuit; ex obligatione naturali regulariter non naſci actionem, vt probat ſufficienter. *l. 95. §. 4. ff. de ſolut.* vbi dicitur, naturalem obligationem ſolo æquitatis vinculo ſuſtineri;

& diſertis verbis Iuriſconſultus ſcribit in *l.1.§.17.ff.ad L.Flacid.* Id quod naturâ hereditati debetur & peti quidem non poteſt, ſolutum verò non repetitur. Certis tamen quibusdam caſibus ſingulari iure etiam ex naturali obligatione actionem naſci & ad hoſce referendos eſſe prædictos textus, vnus caſus eſt in *l. 5. ff. de auctor. tut.* vbi ex naturali obligatione, qua pupillus ſine tutore contrahens, & locupletior factus, obligatur, actio datur. Eodem quoque pertinet actio, quæ ſeruo aduerſus dominum, & vice verſa domino aduerſus ſeruum quibusdam caſibus datur: hæc enim, cum non poſſit eſſe ciuilis, quandoquidem ſeruus nullam habet iuris ciuilis communionem *leg. 32. Digeſt.de Reg. Iur.* relinquitur, vt naturalis ſit.

Sed adhuc videri poſſet alicui ex naturali obligatione actionem naſci, quia in *l. cum amplius 84. ff. de Reg. Iur.* Paulus ait: is natura debet, quem iuregentium dare oportet; hinc enim relucere videtur, eum qui naturali tenetur obligatione, cogi poſſe ad dandum & ſoluendum.

Reſp. Veruntamen Anton. Gouean. in comm. *ad leg.1.§.17.ff.ad L.Falcid.* hunc textum de obligatione naturali ciuili, ſeu de mixta obligatione, quæ ex contractibus iurisgentium naſcitur, & iurisgentium dicitur in *Lex hoc iure, ff. de Iuſtic. & iure* vult intellectum.

Ego vero de naturali mera, ſiue pura obligatione prædictam legem intelligendam puto: nam & hæc neceſſitatis vinculum promiſſori iniicit, quamuis non tam forte illud ſit, atq; vinculum ciuilis obligationis, nec ad actionem producendam ſatis ſit validum *d.l.95.§.4.de ſolut.iuncta l.1. §.17.ff.ad L.Flacid.*

Et hæc ita iure noſtro ciuili; conſuetudine hodierna contrarium eſſe receptum, plærorumque eſt opinio, ſic vt ex pacto, etiam nudo, ac nuda promiſſione, actio competat; ſed multi adhuc contradicunt atq; hanc conſuetudinem in dubium reuocant, de quibus videri poteſt Petr. Gilck. in *l.13.n.1.& ſeq C. de pact.*

De iure Canonico grauior & difficilior eſt quæſtio, anne pactum nudum ad actionem producendam confirmetur? affirmant haut ignobiles Canoniſtæ & Iuriſconſulti Didacus Couarru. in *relect. capit.quamuis. part.2.§.4.n. 24.* Sneidewin in *rubr.n.7.I. de Obligat. quæ re contrah.* Matth. Weſenbec. *in paratit. l. de pact. num. 9.* Innocent. Gotfred. Hoſtienſis in *cap. 1. vbi &* Gloſſa *extr. de pact.* Paulus Caſtrenſis Alexand. Iaſon in *leg. 7. §. 4. Digeſt. de pact.* Petr. Gregor. Tholoz. *in ſyntag. iur Canon. lib. 3. tit. 1. cap. vlt.* Borcholt. *de pact. capit. vlt. numer. vlt.* Sichard. *in rubr. Cod. de pact.*

Qu. 75. An de iure Canonico ex nudo pacto actio naſcatur?

1. Quia in *cap.1. extr. de pact.* ſtatuitur apertè, pacta ſeruanda eſſe. At verbum, quo iubemur aliquid ſeruare, ſi lege proferatur, ad actionem proficit, *l.41.ff.de acq. rer.dom.*

2. Quia in *cap. qualiter, 3. extr. eod. tit.* iubemur ſtudioſe anniti, vt quæ inter contrahentes placuerunt opere compleantur.

3. Quia ius Canonicum euitat peccatum & peccandi occaſionem amouet, *c. fin.de conſuetudine.* Pactum autem nudum non ſeruatum inducit peccatum, quippe cum graue ſit fidem fallere, *l.1.ff. de conſtit.pecun.*

4. Deus inter ſimplicem loquelam & aliam non diſtinguit; & conſequenter ex omni conuentione actionem concedit.

5. Obligatio naturalis, confirmata lege, producit actionem, *l. legitima, 6. ff. de pact.* Sed obligatio ex nudo pacto, quæ naturalis eſt, *l.5. §. 4. ff. de ſolut.* confirmatur iure Canonico *d.c.1.& c.2. extr. de pact.* Ergo obligatio ex pacto iure Canoinco parit actionem.

6. Ius Canonicum ſequitur æquitatem *c. dilecta. extr. de iudic.* Atqui æquitas decer-

Digitized by Google

decernit, vt talia promiſſa præſtentur, *l. 1. ff. de pact.*

7. Pactum nudum, animo donandi conceptum videtur, *l. Campanus, ff. de oper. libert.* atqui donatio actionem parit, *l. ſi quis argentum, C. de donat.*

Cæterum ab hac ſententia diſcedunt & iure canonico nihil, quoad præſens negotium, mutatum contendunt doctiſſimi quique iuris ciuilis interpp. Alciat. *libr. 5. paradox. 3.* Angelus Aretin. *in § in perſonam num. 21 Inſtitut de act.* Henric. Bocer. *in dict. com. ad L. 23. nu. 69. de reg. iur.* Andr. Fachin. *2. controverſ 10.* Forcat. *Necyom. dial. 69. num. 5.* Canon. *5 com 3. num. 6.* pro cuius confirmatione hæc ratio facere videtur, quod quotiens ius canonicum à iure ciuili non apertè diſſentit, non eſt diſcrimen aliquod inter vtrumque conſtituendum, *argum. cap. 1. de oper. noui nunc.* vbi ſignificatur, canones ſacros non dedignari ſequi ius ciuile, ſeu leges ſeculares, & alias, cum ius canonicum derogat iuri ciuili, ſolet hoc vel expreſſe ſignificare, vel aliquo ſaltem modo innuere, *argum. cap. quamuis. de pact. in ſext. Cod. dilecti. de iudic.* atqui nullibi, in toto iure canonico, indicatur, ius canonicum à iure ciuili, quoad præſentem quæſtionem, diſſidere, vt ex illis, quę mox dicentur, clarius patebit.

Ad primum & ſecundum contrariæ opinionis argumentum reſpondeo non ſequi, pacta ſeruanda ſunt. Ergo ex illis actio naſcitur: nam & iure ciuili pacta ſeruari iubentur, *l. 29. Codic. de pact. l. 7. eodem. l. ſi quis in conſcribendo. Cod de Epiſcop. & cleric. l. 1. Digeſt. de pact. l. 7. §. ait prætor. eodem.* Et tamen, quod ex pacto iure ciuili actio non naſcatur, certi & indubitati eſt iuris.

Quapropter quod dicitur, pacta ſeruanda eſſe, hoc ſecundum naturam, à legibus præſcriptam, intelligendum, ſic vt quædam pacta per actionem ſeruentur, quædam per exceptionem. Nec contrarium euincit verbum *conuentus in dict. c. 1.* non enim exaudiendum eſt de conuentione, quæ fit iudicialiter per viam & modum actionis: ſiquidem ibi pœna non ſeruantis pacti fidem conſtituitur Eccleſiaſtica diſciplina, hoc eſt, excommunicatio, cum tamen actione intentatâ & re iudicata contra contumacem parata ſit, vel actio iudicati, vel exceptio rei iudicatæ vel executio ſententiæ extraordinariæ.

Ad tertium idem, quod ad præcedentia, reſpondendum: ius enim canonicum, vt ciuile, ſeruare iubet pacta conuenta, verum non mediante actione, ſed exceptione ſolum.

Ad quartum reſpondetur, pactum nudum æquè ſeruandum eſſe, atque pactum veſtitum, ſed non eodem modo, nec per idem remedium. Et ſanè ſimplicem loquelam à iuramento differre, mille locis euincitur *l. 1. & auth. ſacramenta, Cod. ſi aduerſus vendit. Cod. reſcripto, cap. querelam. c. debitores c. ad noſtram. c. cum contingat. extr. de iureiurando.*

Ad quintum reſpondetur pactum, lege expreſſe ad hoc confirmatum, vt actionem producat, parere actionem, & eſſe legitimum *l. 6. Digeſt. de pact.* non vero quodvis pactum de quo lege aliqua ſcriptum eſt: alioquin ſequeretur hinc omne pactum, de iure ciuili eſſe nudum, cum iubeatur Imperatorum conſtitutionibus obſeruari & cuſtodiri.

Ad ſextum quoque reſpondetur, conſequentiam negando: etenim & ius ciuile æquitatem ſequitur, *l. 90. Digeſt. de regul. iur. l. 8. Cod. de iudic. l. 1. Digeſt. de iuſtitia & iure.* Et tamen ex nudo pacto actionem non concedit, *l. 7. §. quinimo, Digeſt. de pact.* æquitas proinde ſuadet, pactum ſeruari; ſed non mediante actione, verum aliis modis, de quibus paulo ſupra.

Ad vltimum reſpondetur aliud eſſe donationem & aliud pactum promiſſorium, etiamſi animo fiat donandi. Præterea non omne pactum nudum promiſſorium

rium

Digitized by Google

rium ſit animo donandi; ſed ſæpè ob cauſam, vt aliquid viciſſim detur, aut fiat. Inſuper ſi quæ vis huic argumento ineſſet, concluderet etiam, pactum iure ciuili parere actionem, quia Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis argentum, C. de donat.* ex donatione actio naſcitur.

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ.

Litera A. Qu. 76. *An pactũ cõtractui in continenti adiectum actionem producat; & in ſpecie de pactis ſtrictis cõtractibus adiectis?*

HActenus itaq; conſtat, ex nudo pacto actionem non naſci, hancq; regulam non ſolum iure ciuili, ſed & canonico veram eſſe; cæterum tunc fallit, & officium ſuum perdit, quando vel legitimum eſt, *l. 6. ff. de pact.* vel in continenti contractui adiectum; id quod de bonæ fidei contractibus veriſſimum eſt: ſic enim de his Vlpianus in *l. 7. §. quinimo, ff. de pact.* *Quinimo interdum format ipſam actionem, vt in bonæ fidei iudiciis, ſolemus enim dicere, pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis, ſed hoc ſic accipiendum eſt*: vt ſi quidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint; ex interuallo non inerunt, nec valebunt, ſi agat, ne ex pacto actio naſcatur. Cui ſubſcribit Imperator Maximinus in *l. 13. C. eod. tit.* *In bonæ fidei*, inquiens, *contractibus ita demum ex pacto actio competit, ſi in continenti fiat: nam quod poſtea placuit id non petitionem, ſed exceptionem parit.* Verum de ſtricti iuris contractibus dubitatio magna eſt, vtrum pacta illis adiecta, inſint? Equidem Cuiacius *10. obſeruat. 24* & ad *d. l. 7. §. Quinimo, ff de pact.* Hugo Donell. in *d. l. 13. & in l. 40. ff. de reb. credit.* Borcholt. *de pact. cap. 4. num. 53. cum ſequent.* & in *tractat. de vſur. cap. 3. nu 7.* ſtatuunt pacta in continenti bonæ fidei contractibus adiecta, actionẽ producere; adiecta vero ſtrictis contractibus non item; mouentur autem his circiter fundamentis.

1. In *l. 7. § quinimo, 5. ff. de pact. & in l. 13. C. eodem tit.* expreſſe dicitur, pacta in continenti adiecta, ineſſe bonæ fidei iudiciis, cui conſequens videtur, quod contractibus ſtricti iuris non inſint. Cur enim de his in ſpecie atq; nominatim id ſcriptum eſſet, ſi idem quoque in ſtrictis obtineret iudiciis.

2. Quin etiam confirmat hanc ſententiam non parum, *l. 6. Cod. ſi cert. petat.* vbi diſertè negatur, pactum de fœnore præſtando, ineſſe mutuo, quod ſtricti eſt iuris.

3. In *l. 3. ff. de reſcind. vendit.* ICtus Paulus differentiam conſtituit inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, vt illis pacta ex interuallo appoſita ipſo iure inſint, vt detrahant; his verò ſaltẽ per exceptionem: quapropter ſi hæc eſt differentia inter pacta detrahentia ex interuallo ſubiecta, differentia quoq; ſtatuenda erit, quoad pacta in continenti appoſita, vt adiicientia & extendentia tantum inſint ſtrictis contractibus ex parte rei, & ſaltem detrahentia ex parte actoris.

4. In *leg. ſi tibi, 17. ff. de pact. & leg. rogaſti, §. ſi tibi, ff. de rebus credit.* traditur, pactum detrahens mutuo ineſſe; pactum verò adiiciens non item.

5. Accedit his, quod informare ſit extendere veterem actionem; at ſtricti iuris actio extenſionem non patitur, *l. 5. in fine, & l. ſeq. ff. de in lit iur. l. 99. ff. de verb. oblig.*

6. Adde quod regula generalis ſit, quod quicquid dictum non ſit, nec verbis expreſſum in ſtrictis contractibus, non eſſe ſupplendum per pactum vel interpretationem, *l. quicquid, 99. ff. de verb. obligat.* Cui ſane conſequens videtur pactum contractui ſtricti iuris in continenti ſubiectum, non ineſſe, nec actionem reformare.

7. Inſuper non plus operatur fictio, quã veritas, *l. ſi is, qui pro empt. ff. de vſucap.* Sed informare contractum nihil aliud eſt, quã vt pactum iuxta contractum interpoſitũ, videatur acfingatur in eundem deductũ. Si igitur pactum iuxta ſtipulationem interpoſitum hoc modo informaretur, eſſent duæ ſtipulationes, *l ſcire ff. de verb. obligat.* quam

Digitized by Google

ligat. quam ſententiã illa abſurditas conſequi poſſet, quod certi cõdictio, quæ competit ex ſtipulatione, in quam res certa deducta eſt, competeret ad id, quod incertum eſt & pacto continetur.

8. In *l. Titius. ff. de præſent. verb.* pactum de præſtando tributo in continenti mutuo erat adiectum & tamen hoc pactum mutuo ineſſe negatur.

9. Ius publicum privatorum pactis non mutatur, *l. 38. ff. de pact.* at certæ ſunt contractuum ſtrictorum formæ, iure publico definitæ: his proinde priuatorum pactis nil derogari poteſt.

10. In materia differenti argumentum quoq; debet eſſe differens. Actiones autẽ bonæ fidei differunt à ſtrictis, §. *actionum, Inſt. de act.* ergo, licet pactum informet bonæ fidei contractum; non tamen contractum ſtricti iudicii.

Sed ab hac ſententia diſcedunt Franc. Hotom. *illuſtr quæſt. 36. & 37. & 1. amicabilium reſponſ. 31.* Anton. Faber. *5. coniectur. 10.* Gœdd. *in tract. de contrahend. & committ. ſtipulat. c. 8 nu. 37.* Petr. Gilckenius in *l. 13. Cod. de pact.* ſtatuentes, pacta contractibus ſtricti iuris adiecta, ſiue detrahant, ſiue adiiciant ineſſe & actionem reformare; quæ ſententia & mihi probatur ac ſequentibus argumentis confirmatur.

1. In *l. lecta, 40. ff. de rebus credit.* ICtus proponit & tractat hanc ipſam quæſtionem, anne pactum in continenti ſubiectum ſtipulationi inſit ex parte actoris, & actionẽ reformet, ac tandem concludit, quod ſic. Et quanquam diſſentientes reſpondeant, in ea *lege 40.* agi de pacto detrahente quod non ex parte actoris, ſed ex parte rei ſit, cum huic, non illi proſit; ſolutio tamen hęc fundamentum noſtrum minimè ſubuertit. 1. Quia Paulus generalem proponit regulam, quod pacta in continenti facta ſtipulationi inſint, perinde, vt Vlpianus in *dict. l 7. §. 5. de pact.* de bonæ fidei contractibus ſcripſerat, quod pacta illis adiecta, inſint. 2. Quia ipſe Paulus expreſſe ſcribit, ſententiam eius, qui pactum ad exceptionem duntaxat proficere ſtatuerat, exploſam eſſe, vnde ſequitur, quod cum pactum, ſtipulationi adiectum non ſolum ad exceptionem, ſed etiam ad actionem proficiat, illud ineſſe ex parte actoris; nec enim cum Cuiacio ſtatuendum, illud pactum ineſſe ex parte actoris, quod actori prodeſt, ipſamque actionem extendit & ampliorem reddit; ſed dicendum potius, omne pactum ex parte actoris ineſſe, quod actionem reformat, ſiue adiiciat ſiue detrahat, & ſiue proſit, ſiue obſit actori, *l. 7. § quinimo, Digeſt. de pact.* At pactum hoc, quod in caſu, *dict. l. 40.* ſtipulationi erat adiectum reformare & informare actionem, exinde liquet, quod, cum prius vna vice integra ſors exigi potuerit, nunc, pacto ſubiecto, per partes & diſtinctis vicibus exigi debeat.

2. Confirmat hanc ſententiam, *l. 4. ff. de pact.* in qua, cum ſtipulationi puræ eſſet pactum ſubiectum, quo cauebatur, vt id, quod purè promiſſum erat, ſub conditione deberetur, dicitur conditionem ineſſe contractui, perinde ac ſi in ſtipulatione expreſſa fuiſſet. Hoc autem pactum reformare ſtipulationem hinc liquet, quod cum ſtipulatio prius pura eſſet, nunc ex pacto ſit conditionalis, & cum prius ex ſtipulatione ſtatim de ſorte agi poſſet; nũc pacto fuerit effectum, vt demum, conditione exiſtente, ſors exigi queat.

3. In *l. 52. Digeſt. de verb. obligat.* Vlpianus ſcribit: *In conuentionalibus ſtipulationibus contractui formam contrahentes dant. Enimuerò prætoriæ ſtipulationes legem accipiunt de mente prætoris. Denique prætoriis ſtipulationibus nihil immutare licet, neque addere neq; detrahere.*

His minimè refragantur ſuperiora diſſentientium argumenta. Ad primum ex *d. l. 7. §. quinimo, ff. de pact & l. 13. Cod. eod.* deſumptum reſpõdeo, vnius incluſionẽ non eſſe alterius excluſionem, nec argumentũ à contrario ſenſu hoc loco concludere, ac

proinde malè inferri, hoc modo, pactum ineſt bonæ fidei contractibus: ergo non ineſt contractibus ſtricti iuris, quod enim in *d. l. 7 §. quinimo.* tantum bonæ fidei contractuum Vlpian. meminit, id non reſtrictionis, ſed exempli & declarationis cauſa fit, id quod ſatis ſignificat particula VT, quæ nota eſt exempli; nec contra quicquam facit, particula (*etiam*) hæc enim non habet vim reſtringendi, ſed amplificandi potius & extendendi. Et licet alias naturam haberet reſtringēdi, non tamē in *dict. l. 7. §. 5.* excluderet ſtricti iuris iudicia, ſed argueret potius comparationem diuerſorum, actoris, inquam, & rei, in *l. 13. Cod. de pact.* Idcircò bonæ fidei iudiciorum meminit Imperator, quia reſcripta eſt ad conſultationem & facti ſpeciem, de bonæ fidei iudiciis conceptam, vt aliæ pleræq; codicis leges.

Ad ſecundum & quartum reſpondetur in *l. 6. Cod. ſi cert. petat.* & *l. rogaſti, §. ſi tibi. Digeſt. de rebus credit.* & *l. 17. Digeſt. de pact.* ideo pactum vſurarium non ineſſe mutuo, quia repugnat naturæ contractus mutui, vt quod gratuitum eſſe debet. Licet igitur pacta inſint contractibus ſtricti iuris, non tamen ea, quæ ſubſtantiæ contractus repugnant, ſiquidem pacta huiuſmodi ad ſubſtantiam contractus destruendam ſpectant *l. 72. Digeſt. de contrahen. empt.*

Ad tertium reſpondetur in *l. 3. ff. de reſcind. vendit.* non tractari de vlla, inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris differentia, ſed illam quæſtionem reſolui, vtrum pactum, ex poſt facto initum, vt res empta ſit inempta, reſoluens ſubſtantiam emptionis venditionis, quæ in ſolo conſenſu conſiſtit, *princ. & §. 3. Digeſt de empt. vendit.* æquè cenſeatur ſuſtuliſſe ſtipulationem emptioni venditioni ſubditam: Id quod ſtatuendum videbatur, quia principali ſublato tollitur acceſſorium; ſed tamen contrarium reſpondet Vlpianus, propterea quod conſenſu id ſolum diſſoluatur, quod conſenſu colligatum & contractum eſt.

Ad quintum reſp. actiones ſtricti iuris extenſionem admittere, non minus atq; actiones bonæ fidei, id quod luculenter admodum probant, *l. 34. ff. de regul. iur.* & *l. 94. ff. de verb. obl.* Et ſtricti iuris dicitur contractus non quia extenſionem nullam admittat, ſed quia iudicis officiū ad id, quod in libellum inq; iudicium deductum eſt, adſtringatur, *§. in bonæ fidei, 30. Inſtitut. de action.*

Ad ſextum reſpondetur idem, quod ad præcedens quintum argumentum: quod enim in *dict. l. 99.* dicitur quicquid verbis non ſit expreſſum pro omiſſo haberi, id non pertinet ad ea, quæ pactis in continenti ſubiectis ſunt comprehenſa, quoniam id in ipſa ſtipulatione comprehenſum, intelligitur, *l. 4. in verb. conditionem ineſſe ſtipulationi atq; ſi hoc expreſſum fuiſſet, ff. de pact.* & *l. 40. ff. de reb. credit. in verb. perinde eſſe, at ſi per ſingulos menſes, quod tardius ſoluta eſſet*: & cum pactum in continenti adiectum inſit contractui & pars fiat ipſius contractus, *dict. l. 7. §. 5. ff. de pact* ideo, quod pacto ſubiicitur, ipſi contractui ineſſe intelligitur.

Ad ſeptimum reſpondeo conſequentiam negando; ſiquidem, vt modo oſtenſum fuit, pactum in continenti adiectum non pro peculiari contractu habetur, ſed pars eſt ſtipulationis eiuſq; cōtractus, cui adiicitur; eumq; ampliat & extēdit informatque, ſic vt ab initio ſtatim contractu comprehenſum videatur, *d. l. 7. §. 5. & d. l. 40. de reb. credit. l. 4. ff. de pact.*

Ad octauū reſpondetur, vt ſupra, committi fallaciam cauſæ: quod enim in *d. l. Titius*, pactum de præſtando tributo non ineſt mutuo, ratio non eſt hæc, quod mutuum ſit contractus ſtricti iuris, ſed quia repugnat huiuſmodi pactum ſubſtantiæ mutui, ad eiuſq; deſtructionem pertinet, cum hoc ſubſtantiale ſit mutui, vt ſit gratuitum.

Ad no-

Ad nonum reſpondetur diſtinguendo, vt ſi lex publica, aduerſus quam pactũ interponitur, vtilitatem concernat publicam, tunc pactio nullius ſit momenti, quia ius publicum priuatorum pactis immutari non poteſt, *l. ius publicum, 38. ff. de pact.* Sin rem paciſcentis familiarem, tum valeat pactum; id quod Vlpianus diſertè expreſſit, in *l. 7. §. ſi paciſcar. 14. ff. de pact.* vbi ait: *Si paciſcar ne operis noui nunciationem exequar, quidam putant non valere pactionem quaſi in eo prætoris imperium verſetur: Labeo autem diſtinguit vt ſi ex re familiari operis noui nunciatio ſit facta liceat paciſci, ſi de Republica non liceat, quæ diſtinctio vera eſt: & in cæteris igitur omnibus ad edictum prætoris pertinentibus, quæ non ad publicam læſionem, ſed ad rem familiarẽ reſpiciunt, paciſci licet.* Idemque rurſus inculcat Vlpianus in *l. 31. Digeſt. de pact. Paciſci contra edictum ædilium omnimodo licet, ſiue in ipſo negocio venditionis gerendo conueniſſet, ſiue poſtea.* Quapropter cum formæ contractuum, externæ ſcilicet, ſiue adminicula contractuum, ad rem familiarem ſingulorum contrahentium pertineant, idcircò pactis mutari & alterari poſſunt.

Preterea cum lex publica ſic contractibus formam tribuerit, vt eam arbitrio cõtrahentium permiſerit, *l. 52. ff. de verb. obligat. l. 7. §. 5. Digeſt de pact.* idcircò nihil in ius publicum committunt, qui eam pactis & conuentionibus immutant.

Ad poſtremum reſpond. committi fallaciam à dicto ſecundum quid, ad dictum ſimpliciter: tametſi enim contractus bonæ fidei & ſtricti iuris diuerſæ ſint naturæ, inde tamen minimè ſequitur, quod in nullo penitus conueniãt, ſed vbiuis atque in omnibus diſcrepent, maximè quotiens ius apertè illos exæquat, vti hoc loco fieri manifeſtiſſimè ſupra demonſtratum fuit.

Et hæc ita procedunt, ſi pactum de adminiculis ſeu accidentalibus contractus fuerit interpoſitum. Nam ſi de ſubſtantialibus contractus fiat, tum ſiue adiiciat contractui, ſiue detrahat; ſi quidem, re adhuc integra, interponatur, antequam aliquid ex contractu fuerit ſubſecutum contractum in aliud genus tranſmutet, ſin re non amplius integra, tum non vitiet contractum, ſed ipſum vitietur, *l. 72. de contrahend. empt.*

Cum igitur ex prædictis conſtet ex pacto, in continenti adiecto actionem naſci, quæritur porrò, quænam & qualis exinde oriatur actio? Hoc enim valdè inter iuris interpretes controuerſum eſt: ſunt enim, qui actionem ex ipſo contractu, cui in continenti pactum adiectum eſt, deſcendentem, competere ſtatuant: ſunt qui actionem præſcriptis ſolam dari contendant: ſunt denique, qui vtramque actionem ſimul ex pacto iſto naſci alleuerent. De quibus ſingulis ordine diſpiciamus; & vt à poſtrema hac initium faciamus, amplectuntur eam inſignes Iuriſconſulti: mouentur autem ſequentibus rationibus.

Qu. 77. *Quanã actio ex pacto in cõtinenti cõtractui adiecto naſcatur?*

1. In *l. Labeo ſcribit, Digeſt. de contrah. empt.* Vlpianus: *Labeo ſcribit, ſi mihi bibliothecam ita vendideris, ſi decuriones campani locum mihi vendidiſſent, in quo eam ponerem: & ſi per me ſtet quo minus id à campanis impetrem; non eſſe dubitandum quin præſcriptis verbis agi poßit: ego etiam ex vendito agi poſſe puto, quaſi impleta conditione, cum per emptorem ſtet, quo minus impleatur.*

Ecce hic emptio venditio bibliothecę erat contracta, & contractui pactum adiectum, vt tunc venditio valeret, ſi locum vendidiſſent decuriones Campani; ex tali pacto & actio empti & actio præſcriptis verbis competit.

2. In *l. 6. Digeſt. de reſcind. vendit.* Paulus ſcribit: *Si conuenit, vt res, quæ venit, ſi intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur, exempto actio eſt, vt Sabinus putat, aut proxima empti in factum.*

3. In *l. 2. C. de pact. inter emptorẽ,* Alexand.

non detur, niſi in aliarum actionum defectum, *l. 1. & 2. ff. de præſcript. verbis action.* nec aduerſatur particula *etiam*, quæ vim implicandi, includendi & coniungendi habet: vt enim taceam, quod particula iſthæc non ſemper vim implicandi habeat, vt docet Coraſius, attendendum quoque quidnam implicet? Implicat autem *in d. l. 50.* non actionem præſcriptis verbis, de qua prius dictum erat, ſed actionem empti & venditi, ex ipſo contractu emptionis deſcendentem, vt ſenſus ſit, ſicut ex emptione venditione agitur actione empti, ita quoque ex pacto, emptioni adiecto, ex vendito agi; cum pars ſit contractus cui adiicitur, vt mox dicemus.

Ad *L. 6. ff. de Reſcind. vendit. & l. 2. Codic. de pact. inter empt.* reſpondet Donellus, etſi alias actio præſcriptis verbis cum alia actione non concurrat; ſecus tamen euenire, quoties fundus venditur ea lege, vt vel fundus reddatur venditori, precio reddito, aut precio non ſoluto, vel contra, vt emptori precium reddatur, ſi res ei diſplicuerit. Et generaliter concurſum harum actionum eſſe, quoties venditio contrahitur ea lege, vt vel venditor rem ſuam recipere poſſit, vel emptor recipere precium queat. De priori eſſe exemplum *in d. l. 2.* De poſteriore vero *in l. 6. de reſcind. vendit.* Rationem vero huius rei hanc adducit Donellus, quia de huiuſmodi conuentione ad reſcindendam emptionem ſpectante, dubitatum ac concertatum fuerit olim qualisnam daretur exinde actio vt ex *l. 12. Digeſt. de præſcript. verb. & l. 4. Digeſt. de l. commiſſor.* liquet. At quoties non conſtat, ſed dubitatur, qualis ex aliquo negocio actio competat, toties detur actio præſcriptis verbis, *l. 1. Digeſt. de æſtimat. act.* proinde & hic actionem præſcriptis verbis à plerisque datam fuiſſe, ſed quia alii adhuc diſſenſerint & actionem ex contractu dandam contenderint, *l. 6. §. 1. Digeſt. de contrahend. empt.* ideo tandem ab Imperatoribus, Seuero & Antonino, quæſtionem hanc deciſam & litem diremptam eſſe, ſic, vt actio ex ipſo contractu deſcendens, pacti nomine competeret: *l. 4. Digeſt. ad l. commiſſor.* Verum poſt iſtud Imperat. reſcriptum, actionem præſcriptis verbis nihilominus manſiſſe; idque optima ratione, quia nempe actio data fuerit alienandæ venditionis cauſa, non iuris eius prioris minuendi; quoniam quod ita datur, vt accedat, non intelligatur dari, vt à priori iure recedatur *l. 4. §. ſi ex conuentione, ff. de Re iudic.*

Hanc ſolutionem quoque Gilckenius probat, *in d. l. 3. num. 29. Codic. de pact.* vbi ait, pactum quidem contractui in continenti adiectum parere actionem illius contractus, cui adiicitur; ſed pactum, quod ad reſoluendam emptionem, vel alium contractum ſpectet, producere actionem præſcriptis verbis.

Mihi vero hæc reſponſio plane non probatur; ſi enim Diui Seueri & Antonini conſtitutione quæſtio iſta, inter veteres Iuriſconſultos agitata, qualisnam ex pacto, in continenti contractui adiecto, actio competat, deciſa eſt, & ita quidem deciſa, vt actio ipſius contractus detur, non potuit relinqui actio præſcriptis verbis, deciſione iſta Diuorum Imperatorum ſalua & integra manente: dum enim decreuerunt, actionem ex empto dandam, ſimul decreuiſſe intelliguntur actionem præſcriptis verbis non admittendam: non ſolum, quia hæc in defectum aliarum actionum datur; ſed etiam, quia hoc in quæſtione fuit, anne etiam præſcriptis verbis actio competat, ſi igitur & hanc competere voluiſſent Imperat. æque atque actionem exempto, quam facile fuiſſet Imperatoribus id exprimere? expreſſuri id dubio procul fuiſſent. Iohannes Borcholt. reſpondet in adductis legibus particulam *Vel* & *Aut*

eſſe correctorias, ſicut particula iſta *vel*, etiam alias ſæpe vim corrigendi habeat, *l.16.§. libero homini. Digeſt. commodati, l. bona fides, Digeſt. de Noxal. act.* Licet alias ex natura ſua diſtinguat: quæ reſponſio & mihi præ cæteris arridet. Etſi enim à propria verborum ſignificatione non facile recedatur, *l. non aliter, Digeſt. de leg. 3.* hoc tamen ita, niſi & ipſum legislatorem ab ea recedere & verbo abuti voluiſſe probatum fuerit, *d. l. non aliter.* Hic autem ſatis id exinde conſtat, quod Imperatoria conſtitutione deciſum ac decretum fuerit, ex pacto iſto non aliam, quam actionem ipſius contractus competere, *l. 4. Digeſt. de l. commiſſoria.* Quin & hanc eſſe præſcriptis verbis actionis naturam, vt cum aliis actionibus concurrere nequeat, ſæpe hactenus dictum eſt.

Ad quartum reſpond. Actionem ex pacto, contractibus adiecto, deſcendentem, eſſe nominatam, ac proprium habere nomen illius contractus, cui adiicitur, vt mox demonſtrabitur.

Secunda igitur opinio eſt illorum, qui ſolam præſcriptis verbis actionem dari ſtatuunt; quorum hæc ſunt fundamenta.

1. In *L. Auia, Codic. de iure dot.* Imperator Maxim. ita ſcribit: *Auia tua eorum, quæ pro filia tua in dotem dedit, etſi verborum obligatio non interceſſit, actionem ex fide conuentionis ad te, ſi heres extitiſti, tranſmittere potuit: nec enim eſt eadem cauſa patris & matris paciſcentium: quippe matris pactum actionem præſcriptis verbis conſtituit, patris dotis actionem profectitiæ nomine competentem conuentione ſimplici minime creditur innouare.*

2. In *l. 9. Codic. de donat.* itidem ex pacto, donationi adiecto, datur actio præſcriptis verbis.

3. Idemque clare confirmat, *l. cum res, 22. Codic. eod. tit.* in qua etiam actio præſcriptis verbis ex pacto, donationi adiecto, competit.

Eodemque pertinet, *l. ſi cum venderet, Digeſt. de pign. act.* vbi ex pacto, in continenti interpoſito, accommodatur actio in factum.

5. Et Proculus *in l. ſi vir, 12. Digeſt. de præſcr. verbis act.* ex pacto venditioni adiecto, actionem in factum concedit.

Sed & hæc opinio non videtur admittenda, quamuis priori fortaſſis probabilior ac veritati conuenientior videri poſſit.

Etenim quæſtionem hanc, à veteribus diſputatam, à D. Seuero & Antonino ſic deciſam eſſe Vlpianus commemorat, vt ex pacto contractui adiecto non alia, quam quæ ex ipſo contractu competat actio, *d. l. 4. Digeſt. de l. commiſſoria*, & quod non alia, quam hæc actio competere poſſit, mox demonſtrabitur.

Ad fundamenta vero modo adducta reſpondeo *in d. l. Auia.* actionem præſcriptis verbis non naſci ex pacto contractui adiecto, ſed ex pacto non nudo, quod in contractum innominatum incidit: pacta enim, quæ de dote reſtituenda fiunt, non eſſe nuda probant luculenter, *l. prim. Codic. de pact. conuent. tam ſuper dot.* & *l. 10. C. de pact.*

Ad *l. 9. & l. 22. Codic. de donat.* reſpondeo & ibi agi de pacto non nudo, quod contractum innominatum ſapiat; pactum enim, quod rerum traditioni adiicitur non eſt nudum; incidit quippe in contractum innominatum, vel do, vt des, vel do, vt facias.

Ad *l. ſi cum venderet, 13 Digeſt. de pign. act.* reſpondetur; in caſu illic propoſito, actionem in factum, quæ debitori aduerſus emptorem pignoris competere dicitur, non eſſe ex pacto, emptioni adiecto; ſiquidem proponitur venditioni pignoris pactum hoc adiectum, vt ſi debitor ſolueret pecuniam emptori, tum liceret

ei rem ſuam recipere. Ex hoc pacto inter creditorem & emptorem pignoris non potuit debitori actio acquiri *l. 38. §. alteri, Digeſt. de V. obligat.* Proinde actio in factum, quæ ibidem dicitur debitori competere, non eſt alia, niſi ea, quæ ipſi à creditore erat ceſſa & mandata: actiones enim ceſſæ vtiles ſunt: vtilis autem actio frequenter in factum dicitur.

Ad *l. ſi vir vxori, 12. Digeſt. de præſcript. verb:* reſpond. pactum, de quo ibi tractatur, non eſſe nudum; ſed in contractum innominatum facio, vt facias vendo tibi rem, vt viciſſim hoc facias, incidere; ex contractu vero innominato præſcriptis verbis actio naſcitur.

Quocirca his opinionibus reiectis, exiſtimo omnino ſtatuendum eſſe, ex pacto contractui adiecto, naſci actionem ipſius contractus, quia pars eſt contractus huiuſmodi pactum, cui apponitur, *l. 79. Digeſt. de contrah. empt.* At quicquid tribuitur toti, idem quoque tribuendum parti; proinde, ſi ex toto contractu nominato non naſcitur actio præſcriptis verbis, ſed actio proprium nomen, & quidem nomen illius contractus, vnde naſcitur, habens; ſequitur indubitate, quod & pactum, quod ineſt contractui, eandem producat actionem.

2. Accedit huic, quod pactum contractui oppoſitum, non tam pariat actionem q̃ actionẽ contractus informet & reformet *l. 7. §. 5. ff. de pact.* & hactenus ſolum actio ex pacto naſci dicatur, quatenus exinde informata, ac noua forma donata prodit.

3. Quin etiam, cum ſit acceſſio quædam contractus, cui ſubiicitur naturam ipſius ſequatur eandemq; imitetur, cum habeat effectum, quem ipſe contractus, neceſſum eſt.

4. Eandem hanc ſententiam confirmant quoque *l. 72. l. 75. l. 79. Digeſt. de contrah. empt.* vbi pacta, emptioni adiecta, pariunt actionem ex empto vendito.

5. Et *in l. 4. Digeſt. de lege commiſſoria.* propoſitam quæſtionem à D. Seuero & Antonino ſic deciſam refert Iuriſconſultus, vt ex pacto emptioni adiecto, actio empti detur. Hinc vero relucet, quod cum ordinaria & quidem nominata competat actio. Idque hodie Imperatoria conſtitutione ita ſit deciſum, vt non amplius de eo dubitare liceat, non dari actionem præſcriptis verbis, vt quę tunc ſolum competat, cum vel alia ordinaria & nominata deficit, *l. 1. & 2. de præſcript. verbis*, vel dubitatur ecquænam competat actio, *l. 1. de æſtim. act.*

Quod ſi conuentio, contractus ſubſtantiæ contraria, iuſta fuerit, mutat contractum, ſic vt nouus & alius contractus eſſe videatur.

Id quod expreſſe teſtatur Iuriſconſultus *in l. 72. Digeſt. de contrahend. empt.* vbi docet, quod ſi perfectæ emptioni pactum de augendo vel minuendo precio fuerit adiectum, tum à priore contractu receſſum & nouam emptionem interceſſiſſe videri.

Aliud huius exemplum extare opinatur Author noſter *in l. 22. Digeſt. depoſiti*: nam ibi pecunia proponitur depoſita, non clauſa, nec obſignata, & propter tacitam pactionem mutuo adiectam, qua depoſitario conceſſum videtur vti pecunia depoſita, tranſmutatur depoſitum in mutuum; cum depoſiti ſubſtantiæ repugnare videatur, re depoſita vti. Qu. 78. *An ſi pecunia nec clauſa nec obſignata deponitur, vtrũ maneat depoſitum?*

Cæterum etſi Author noſter pro certo & indubitato præſupponat quod per prædictum tacitum pactum depoſitum in mutuum tranſmutetur, ingens tamen de eo controuerſia eſt.

Et quidem cum Authore ſtatuunt Franc. Hotomannus, *lib. 4. obſ. 10.* & Nicol. Bellon. *lib. 1. ſupputat. 7.* contendentes, ſi pecunia, nec clauſa, nec obſignata

apud

apud aliquem depoſita fuerit, non depoſitum eſſe, ſed mutuum.

Argumenta, quibus hanc in ſententiam impelluntur, hæc ſunt.

1. In *l. viceſima quarta. Digeſt. depoſiti.* circa finem, ait Iuriſconſ. Papinianus, quando conuenit vt non eadem pecunia depoſita, ſed vt tantundem reddatur, ita demum vſuras deberi, ſi de illis præſtandis conuenerit: atqui vſuræ in depoſito ſine conuentione debentur ex mora, cum depoſitum ſit bonæ fidei contractus, ex quali contractu vſuræ, citra conuentionem, ex ſola debitoris mora debentur *lege trigeſima ſecunda Digeſt. de vſuris & mora.* Quare cum conuenit, vt tantundem reddatur, mutuum eſt, non depoſitum.

2. Quin etiam in eadem lege viceſima quarta, expreſſe ſcribit Papinianus; conuentionem illam; qua conuenit & tantundem & non idem ex depoſito reddatur, egredi notiſſimos depoſiti terminos. Ex quo vtique manifeſtum videtur, non eſſe depoſitum.

3. Et *in l. 31. Digeſt. locati.* ſcribit Alfenus, *Si in locatione conuenerit, vt non idem, ſed tantundem redderetur, in creditum iri: idem in depoſito obſeruari, ſi quis pecuniam numeratam ita depoſuiſſet, vt neque clauſam, neque obſignatam traderet, ſed annumeraret.*

Igitur in propoſito caſu non intelligetur depoſitum, ſed mutuum contractum.

4. Sic & *in l. 9. in fine & l. 10. Digeſt. de reb. cred.* ita Vlpianus: *Depoſui apud te decem, poſtea permiſi tibi vti; Nerua, Proculus, etiam antequam moueantur, condicere quaſi mutua hæc tibi poſſe aiunt. Et eſt verum, vt & Marcello videtur; animo enim capit poſſidere: Ergo tranſit periculum ad eum, qui mutuum rogauit: quod ſi ab initio, cum deponerem, vti tibi, ſi voles, permiſero, creditam non eſſe, antequam mota ſit, quoniam debitam iri non eſt certum.* Ecce hic, cum tacite conueniſſet, vt ex depoſito tantundem redderetur, non eſt depoſitum, ſed creditum, ſiue mutuum.

5. Denique ex depoſito non ſolet transferri dominium; nec enim depoſitum ullibi dicitur titulus transferendi dominii idoneus, cum hoc agatur à deponente, non vt rei depoſitæ dominium adipiſcatur depoſitarius, ſed vt is ſolum rei depoſitæ & traditæ cuſtodiam habeat. Atqui in caſu noſtro, quo res ſic depoſita eſt, vt tantundem redderetur, tranſfertur dominium pecuniæ depoſitæ: ergo non eſt depoſitum, ſed mutuum, per quod ex meo fit tuum, *princ. Inſt. quib. mod. re oblig. contrah.*

Sed mihi tamen, aliorum ſaluo iudicio, placet contraria opinio, quod nempe non ſit mutuum, ſed depoſitum, quando conuenit, vt tantundem & non idem reddatur.

1. Quia Papinianus Iuriſconſultus *in l. 24. Digeſt. depoſiti*, cum de caſu propoſito, anne ſit depoſitum, an mutuum, multis diſſeruiſſet, tandem concludit, quod vſuræ pecuniæ ſic depoſitæ, vt non eadem, verum tantundem redderetur, præſtari ex conuentione debeant. Atqui vſuræ ex mutuo non debentur, etſi de illis præſtandis ab initio conuenerit *l. 3. C. de vſur.* Non igitur eſt mutuum, ſed depoſitum.

2. Idem quoque confirmat *l. 29. §. 1. Digeſt. depoſiti.* vbi Paulus, *ſi ex permiſſu meo depoſita pecunia is, penes quem depoſita eſt, vtatur: vt in cæteris bonæ fidei iudiciis, vſuras eius nomine mihi præſtare cogitur.*

3. Quin & apertiſſime Papinianus hanc ſententiam exprimit in *l. 25. §. 1. ff. depoſiti*, vbi ait: *qui pecuniam apud ſe non obſignatam, vt tantundem redderet, depoſitam, ad vſus proprios conuertit: poſt moram in vſuras quoq; iudicio depoſiti condemnandus eſt.* Quod ſi iudicio depoſiti conuenitur & condemnatur apud quem depoſita ita erat pecunia,

pecunia, vt tantundem redderetur, ſequitur vtique in propoſita ſpecie non fuiſſe mutuum, ſed depoſitum contractum.

His non obſtat primum argumentum ſupra adductum: hoc enim ipſo, quod ex conuentione, in caſu noſtro, vſuræ deberi dicuntur, ſignificatur, non eſſe mutuum, quia vſuræ, niſi ſtipulatione promiſſæ, ex mutuo peti non poſſunt *d.l.3. Codic. de vſur.* & *d.l.24. Digeſt. depoſiti.* Cur autem, vt vſuræ debeantur ex depoſito, requiratur, vt conuentione ſint promiſſæ, ratio hæc eſt, quod vt ipſe Papinianus ſcribit, contra bonam fidem & naturam depoſiti eſt, vſuras à depoſitario exigi temporis ante moram. Ex depoſito quidem vſuræ debentur ſine conuentione, ſed ita, ſi mora fuerit commiſſa in pecunia depoſita reſtituenda: at hic mora non erat commiſſa, vt innuunt verba iſta: vſuras ab eo deſiderare temporis ante moram. Igitur conuentio deſideratur, quæ non deſideraretur, ſi mora commiſſa eſſet.

Ad ſecundum reſpondetur etiamſi contractus, in caſu propoſito, egrediatur notiſſimos terminos depoſiti, non tamen propterea deſinere eſſe depoſitum; cum pactis conuentis natura contractus aliquatenus immutari *l.72. de contrah. empt.* & reformari poſſit *l.7. §.5. ff. de pact.* ipſique contractus ex conuentionibus appoſitis legem & formam accipiant *d.l.7. §.5. & l.52. Digeſt. de verb. obligat.* Non itaque ſequitur; excedit huiuſmodi contractus notiſſimos terminos depoſiti: ergo non eſt depoſitum.

Ad tertium reſpond. *in d.l.31. Digeſt. de locat.* non hoc velle Iuriſconſultum, quod verum ſit mutuum atque reuera in creditum itum fuerit, adeoque contractus depoſiti in mutuum vere conuerſus fuerit, ſed quia, vt Papinianus ait, conuentio egreditur notiſſimos depoſiti terminos, induitque quodammodo mutui naturam; quamuis non ſimpliciter in mutuum conuertatur, vt ex illis, quæ ſupra fuerunt adducta, palam eſt.

Ad quartum reſpondet Cuiacius, *in Papiniano libro nono, quæſtion.* diſtinguendum eſſe, vtrum vſus pecuniæ permittatur nominatim, an tacite; nam ſi nominatim, pecunia credita ſit, ac in ipſo momento videantur contrahentes mutaſſe propoſitum & depoſitum conuertiſſe in creditum: ſed ſi tacite permittatur vſus pecuniæ depoſitæ, non deſinat eſſe depoſitum: vt ſi conuenerit vt depoſitarius vſuras præſtet, vel vt tantundem reddat, quia hoc non palam edicitur, vt ea pecunia vtatur, ſed tacite tantum, & per conſequentiam, idcirco maneat depoſitum, quia multa, quæ non fiunt rite propalam, fiunt rite per conſequentiam & tacito intellectu. Quocirca *in d.l.24.* depoſitum per conuentionem non vertitur in mutuum, quia non conuenit expreſſe, vt vteretur pecunia depoſitarius, ſed ſolum vt tantumdem redderet: at *in d.l.9. & 10.* depoſitum conuertitur in mutuum, quia expreſſe conuenerat, vt pecunia depoſitarius vteretur.

Ad vltimum reſpondeo, ex eo, quod in caſu præſenti dominium ex depoſito transfertur, recte colligi, quod terminos depoſiti conuentio excedat, non etiam quod plane non habeat naturam depoſiti, ſed in contractum mutui degeneret. Plus igitur eſt in concluſione, quam in præmiſſis, & committitur fallacia à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter.

Qu. 79. *Quatenus pactum, de ſubſtantialibus contractus interpoſitum, reformet contractum?*

Quod ad pacta, quæ ex interuallo contractibus ſubiici ſolent, de illis ſic ſtatuit hoc in loco Author noſter, vt ſi ad ſubſtantiam contractus pertineant, tum ſubſtantiam & naturam contractus alterent, mutent & actionem ita informent, vt ex eo contractu, ſecundum pactum adiectum, actio conformari & inſtitui debeat.

Expreſſit hoc Vlpianus claris atque perſpicuis verbis *in l. 7. §. 6. Digeſt. de paſt.* *Adeo autem*, inquiens, *bonæ fidei iudicia exceptiones poſtea factæ, quæ ex eodem ſunt contractu, inſunt, vt conſtet in emptione cæteriſque bonæ fidei iudiciis, re nondum ſecuta poſſe abiri ab emptione: ſi igitur in totum poteſt, cur non & pars eius pactione mutari poteſt; & hæc ita Pomponius lib. 6. ad edictum ſcribit. Quod cum eſt, etiam ex parte agentis pactio locum habet, vt & ad actionem proficiat, nondum re ſecuta; eadem ratione: nam ſi poteſt tota res tolli, cur non & reformari? vt quodammodo quaſi renouatus contractus videatur: vnde illud æque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat; poſſe in parte recedi pacto ab emptione quaſi repetita partis emptione.*

Ex quo luculentiſſime patere videtur, quod pactum, etiam POSTEA, hoc eſt, ex interuallo interpoſitum, ſi ſubſtantiam contractus attingat, contractum reformet, & actionem eius informet.

Sed grauiſſime huic aduerſari videtur *l. 72. Digeſt. de contrah. empt.* in qua diſerte ſcribit Paulus, perpetuus Vlpiani æmulus, *Si pactum ad partem ſubſtantiæ contractus pertineat, veluti ſi conueniſſet vt res vel pluris, vel minoris vendita eſſet, adeoque pactum ſubſtantiæ contractus aliquid vel adiecerit, vel detraxerit, priorem emptionem, nec eſſe renouatam & informatam, ſed receſſum a priore contractu eſſe, nouamque emptionem interceſſiſſe.*

Cui adſtipulari videtur ipſe quoque Pomponius *in l. 2. Digeſt. de reſcind. vendit.* vbi ita ſcribit: *Si quam rem à te emi, eandem rurſus à te pluris minoriſue emero, diſceſſimus à priore emptione: poteſt enim dum res integra eſt, conuentione noſtra infecta fieri emptio atque ita conſiſtit poſterior emptio, quaſi nulla præceſſerit.*

In hac Iuriſconſultorum diſſenſione opinatur Franciſc. Hotomannus, Vlpianum Iuriſconſultum probaſſe cæterorum Iuriſconſultorum opinionem, ſed *in d. l. 7. §. 6.* illum duntaxat oſtendiſſe ſententiam contrariam ſubtiliter defendi poſſe.

Sed Antonius Faber in rationalibus ad *d. l. 7. §. 6* ait, nullam penitus eſſe diſcrepantiam ac diſſenſionem inter *d. §. 6.* & ad *d. l. 72. de contrah. empt.* ſed idem plane vtraque proponi: cum nihil penitus interſit, vtrum cum Paulo dicatur, nouam emptionem interceſſiſſe videri, an cum Vlpiano, quodammodo quaſi renouatum contractum videri, cum prior emptio ſic renouari non poſſit, vt, illa ſalua manente, alia non contrahatur, ſed renouatione facta, prior ſic tollatur, vt noua conſtituatur, quia contractus emptionis, aut alius quilibet diuidi non poſſit, vt pro parte ſolum retineatur & ab eodem pro alia parte diſcedatur, quia ſit indiuiduus *l. fundus ille 64. ff. de contrah. empt.*

Sed huic conciliationi refragatur apertiſſime quod *in d. l. 7. §. 6.* clare & perſpicue aſſerit Vlpianus per pactum, quo aliquid contractus ſubſtantiæ adiicitur, vel detrahitur, pro parte ab emptione recedi. Et quanquam Antonius Faber mutet textum & pro iſtis verbis *vnde illud æque non reprobo*, legat *vnde illud æque non probo*, quaſi Vlpianus reprobet ſententiam Pomponii aſſerentis pro parte recedi poſſe ab emptione: refragatur tamen huic emendationi non parum argumentatio atque illatio ipſius Vlpiani; qui ex eo, quod in totum à contractu emptionis diſcedi per pactum poteſt; infert, poſſe etiam à contractu emptionis pro parte recedi, cum plus ſit abiri in totum, quam pro parte.

Et quanquam fieri non poſſit vt emptio ex parte ſolum valeat *d. l. 64.* ex poſt facto tamen per pactum ita reformari poteſt emptio, vt ab ea pro parte ſolum recedatur.

Mihi itaque nulla penitus videtur eſſe contra-

contrarietas inter legem *7.§.6.ff.de pact. & l.72.ff.de contrahend.empt.*

Nam quod Papinianus *in d.l.72.* aſſerit,ſi de diminuendo vel augendo precio conuenerit, receſſum eſſe à priore emptione, id ſane non negat Vlpianus *in d.l.7.§.6.* qui & ipſe fatetur tali pacto abiri à priori contractu: ſic etiam quod *in d.l.72.* confirmat Papinianus, in propoſito nouam emptionem interceſſiſſe videri, idem quoque Vlpianus concedit, dum aſſerit,reformatum eſſe contractum per ſubſequens iſtud pactum, & reformatum quodammodo renouatum contractum videri.

Adeoque perbelle omnia cohærent, nulla apparet antinomia, nulla diſſenſio; ſed conſtans omnium ſententia hæc eſt per pactum ex interuallo ſubiectum,ſi de ſubſtantia ſit contractus ineſſe illud contractui & contractum informare, ſic vt nouus ſeu renouatus contractus videatur.

Quod ſi pactum, ex interuallo adiectum, ad contractus ſpectet adminicula, non inerit contractui, nec ad agendum valebit, ſed exceptionem ſolum producet, id quod perſpicue aſſerit Iuriſconſultus *in l.7.§.5.ff.de pact.*

Nec quicquam refragatur quod Papinianus ſcribit *in d.l.72. Digeſt. de contrah. empt.* quod pacta conuenta, quæ poſtea facta, detrahunt aliquid emptioni contineri contractu videantur,quæ vero adiiciunt non inſint.

Nam pacta detrahentia contractui ex interuallo adiecta, dicuntur contineri contractu,quoad effectum ſolum, exceptionem videlicet, quem parit huiuſmodi pactum,quæque bonæ fidei contractui ineſt: pactum vero adiiciens non eſt contractui, ſi ex interuallo apponatur, quia non parit exceptionem, cum non pro reo,ſed pro actore ſit adiectum; non etiam quoad actionem, vt oſtendit Vlpian. *in d.l.7.§.5.*

Explicemus nunc quæ pacta ex interuallo & quæ ex continenti dicantur contractibus adiecta,hoc enim ad pleniorem præcedentium intellectum facere inprimis videtur. Qu. 80. *Quænam pacta ex continēti & quæ ex interuallo adiecta dicantur?*

Hugo Donellus *in d.l.13. Codic. de pact.* ea pacta dicit in continenti eſſe adiecta, quæ,antequam contractus perficeretur, fiunt.

1. Quia pacta,quæ in continenti ſunt facta, dicuntur in ingreſſu contractus facta *d.l.7.§.5. de pact.* At in ingreſſu contractus ea fieri condicuntur, quæ contractu nondum perfecto,fiunt.

2. Quia pacta in continenti adiecta dicuntur initio contractus fieri, *L. initio, Cod.de pact.inter empt.& vendit.* At contractus tunc habet initium, cum perficitur, necdum perfectus eſt.

3. Quia dicuntur in negocio gerendo fieri,*l.paciſci.ff.de pact.*

4. Quia pacta,quæ in continenti adiiciuntur,pars ſunt contractus: atqui pars eſſe contractus non poſſent, ſi demum, perfecto contractu,facta eſſent.

5. Quia pacta, quæ fiunt ex interuallo & quæ poſtea fiunt, opponuntur illis pactis, quæ fiunt in continenti; atqui ex interuallo & poſtea fieri dicuntur,quæ contractu iam perfecto, fiunt. Igitur,ex natura oppoſitorum,dicendum, pacta in continenti fieri, quæ contractu nondum perfecto fiunt.

Verum,his non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem iudico; eaque pacta in continenti fieri exiſtimo, quæ fiunt,contractu iam tum perfecto & abſoluto.

Quia pacta iſta dicuntur in continenti ſubſecuta *d.l.7.§.5 ff. de pact.* At ſubſequi contractum id dicitur,quod perfecto iam contractu factum eſt.Reſpondet quidem Donellus *in d.§.5.* pacta ſubſequi dici,non quæ contractum perfectum ſequātur:ſed

quæ ſequantur initium, ingreſſum atque primum cõgreſſum contrahentium, quo de re inter contrahentes agi cœpit. Sed diuinatoria eſt hæc ſolutio & in mera coniectura conſiſtit; nec proprie dici poteſt contractum ſubſequi, quod initium contractus & primum contrahentium congreſſum & tractationem ſubſequitur, cũ nec initium contractus & primus ille cõgreſſus proprie contractus dici queat.

2. Quia pactum, quod in continenti factum eſt, dicitur ſubiectum ſtipulationi: at ſtipulationi ſubiectum dici non poteſt, quod, ſtipulatione nondum perfecta, factum eſt.

3. Quia huiuſmodi pactum, quod in continenti factum eſt, perinde haberi debet, ac ſi in ipſa ſtipulatione comprehenſum fuiſſet, *l. lecta, 40. ff. de Reb. Credit.* iam vero ipſa ſtipulatione non eſſet reuera cõprehenſum, ſi in ingreſſu ſtipulationis pactum adiectum fuiſſet.

4. Quia *in l. 4. ff. de pact.* proponitur ſtipulatio iure concepta, cui per pactum in continenti adiecta eſt conditio: at non pure concepta eſſet, ſi in eius ingreſſu, & non demum, ea concepta & perfecta, conditio adiecta eſſet.

Ad primum & ſecundum reſpondeo, nõ negari, quin pacta, quæ in ingreſſu cõtractus ſunt facta, recte in continenti dicantur facta; ſed & illa, quæ cõtractu perfecto ſtatim ſubiiciuntur, recte dici in cõtinenti facta, per textus, modo adductos. Deinde licet non in ingreſſu facta ſint ea pacta, quæ poſt in continenti ſubiiciuntur; perinde tamen haberi, ac ſi in ipſo contractu facta eſſent, fictione ſcilicet quadam ciuili.

Ad tertium reſpond. in ipſo negocio factum & illud dici, quod fit ſtatim & in continenti, perfecto negocio: ſic enim auctoritas tutoris, quæ in ipſo negocio, à pupillo geſto, interponenda dicitur, *§. 2. I. de auct. tut. l. 9. §. 5. l. eod. tit.* non interponit̃ niſi pfecto negocio, *l. 25. §. 4. ff. de acq. hered.*

Ad quartum reſpondetur fictione quadam iuris fieri, vt pacta, quæ in continenti facta ſunt, perinde habeantur, ac ſi in ipſo contractu, eoque nondum perfecto, addita fuiſſent, *d. l. 4. in fine de pact. & d. l. 40. ff. de Reb. credit.* Vnde & pars contractus dicuntur.

Ad quintum reſpond. non ſibi inuicẽ opponi pacta, quæ in continenti ſunt facta, & pacta, quæ poſtea ſeu ex interuallo ſunt ſubſecuta; ſed pacta, quæ in continenti SVBSECVTA ſunt, & quæ ex interuallo. Vnde colligimus, pacta ex interuallo non dici ea, quæ contractu perfecto longiori mora atque interuallo interpoſito, ſubiecta ſunt: pacta vero in cõtinenti facta, q̃ quidẽ & ipſa poſt cõtractũ pfectũ, ſed in continenti & ſtatim ſubſecuta ſunt.

RESOLVTIO THESIS Vltimæ.

PActa priora tolli per poſteriora expeditum eſt; ita enim Paulus *1. ſent. Omne,* inquit, *pactum poſteriore pacto diſſoluitur.* Et Alexander, *Pacta,* ait, *nouiſſima ſeruari oportere, idque tam iuris, quam ipſius rei æquitatem poſtulare l. 12. C. de pact.* *Lit. A.*

Ratio æquitatis ideo ſuadet pactum poſterius ſeruari, ſublato priori, quia quicunque de re aliqua iterum paciſcuntur, ſimul ab eo quod prius pacti erant, ſi contrarium eſt, recedi volunt. Neq; enim poſterius niſi remoto priore valere potuit, æquum igitur eſt, nouiſſimum valere & à primo recedi, quia vtrumque inter paciſcentes ita placuit *l. 1. ff. de pact.*

Ratio vero iuris pactum nouiſſimum ſeruari ſuadet, quia prætor pacta ſe ſeruaturum edicens, nõ hoc dicit ſe pactorum verba ſeruaturum, ſed voluntatem & conſenſum paciſcentium *d. l. 1. ff. de pact.* Donell. *ad d. l. 12. n. 2. C. de pact.* Qu. 81. *Quomodo pactũ prius tollatur per poſterius?*

Sed quomodo pactum prius per poſterius tollatur, vtrum ipſo iure, an vero ope exceptionis, dubio non caret?

Quod

Quod enim ipſo iure tollatur & extinguatur pactum prius per poſterius, initio dicendum videtur.

Per textum in *l.95.§.4.ff.de ſolut.* quo in loco Papinianus, *Naturalis*, ait, *obligatio, vt pecuniæ numeratione, ita iuſto pacto vel iureiurando ipſo iure tollitur, quod vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinebatur, conuentionis æquitate diſſoluitur; ideoq; fideiuſſor, quem pupillus dedit, ex iſtis cauſis liberari dicitur.*

Sed contra quod pactum prius per poſterius non tollatur ipſo iure, ſed ope demum exceptionis, vel replicationis, ſtatuit Paulus Iuriſconſultus in *l.27.§. pactus. 2.Digeſt.de pact.* *Pactus*, inquiens, *ne peteret, poſtea conuenit vt peteret, prius pactum per poſterius eliditur, non quidem ipſo iure, ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt; quia in ſtipulationibus ius continetur, in pactis factum verſatur, & ideo in replicatione exceptio eliditur. Eadem ratione contingit, ne fideiuſſoribus prius pactum proſit, ſed ſi pactum conuentum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, veluti iniuriarum, non poterit poſtea paciſcẽdo vt agere poßit, agere, quia & prima actio ſublata eſt, & poſterius pactum ad actionem parandam inefficax eſt.*

Et his contrariis ICtorum reſponſis, quidnam circa propoſitam quæſtioné ſtatuendum ſit, valde ambiguum eſt.

Sed verior eſt illorum ſententia, qui ſtatuunt pactum prius per poſterius ipſo iure tolli: quam etiam ſententiam pleriq́ue amplectuntur Interpp. Donell. ad *l.12. C. de pact.* Anton.Fab.in *rat ad d.l.27. §.pactus.* ibidemq́; Fr. Hotomannus & Vdalr. Zaſius, Coraſius *3.miſc.16.*

Quæ ſententia mirificè confirmatur *l. 95.§.4.* vbi dicitur naturalem obligationé iuſto pacto ipſo iure tolli, cui nihil refragatur *d.l.27.§. de pact.* ſiquidem priore pacto, *ne petatur*, obligatio naturalis non cõtrahitur, vt quis dicat eam poſtea tolli poſſe per pactum de non petendo; & ſi naſceretur, ex priore tamen pacto exceptio quoq; oritur, quæ cum ciuile remedium ſit, ſola conuentionis æquitate tolli non poteſt *l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.* ita Donellus.

Aliter paulò Ant. Fab. qui ait, obligationem naturalem ex nudo pacto natam, tolli per pactum de non petendo ipſo iure, ſi prius pactum fuerit de petendo, poſterius auté de nõ petendo, vt ſi nudo pacto mihi promiſiſſes centũ, poſtea inter nos conueniſſet nudo pacto, ne vnquam peterem, tunc n. ipſo iure obligatus eſſes ſine vlla exceptione, quia nec vllus exceptioni locus eſſe poteſt, cum ea præſupponat actionem, quæ ex pacto nudo nulla naſci potuit. At in *d.§.pactus.* prius pactum eſt de non petẽdo, poſterius de petendo: quemadmodum igitur pactum de non petendo tollere non poteſt ciuilem obligationé & actioné ipſo iure, ſed tantũ per exceptionem: ita neq; poſterius pactũ de petendo poteſt tollere exceptioné ipſo iure & ſine replicatione; cum difficilius ſit, vt per pactum poſterius tollatur exceptio pacti, competens ex priore pacto, q̃ vt tollatur pactum ipſum, quod nullã aut actionem producat, aut exceptionem.

Azo ICtus ſui temporis excellentiſſimus ac celeberrimus, ita adductos textus, ad ſpeciem pugnantes, conciliare nititur, quod in *§. naturalis d.l.95.* agatur de pacto liberatorio, *ne petam*: in *dict.§.2.l.27.* agatur de pacto obligatorio *de petendo*: proinde cum maior ſit liberationis favor, quam obligationis *l. Arrianus. ff.de obligat. & act.* Ideo poſterius pactum de non petendo tollat prius pactum de petendo ipſo iure, fauore liberationis: at poſterius pactum *de petendo* non tollat ipſo iure prius pactũ *de non petendo*, odio obligationis, Vdalric. Zaſ. reſpõdet pactum prius per poſterius ipſo iure tolli ratione obligationis naturalis, quæ ex priore pacto naſcitur *d.l.95.§.4. Digeſt.de obligat. & act.* Ratione verò aliorum effectuum prius pactum non tolli ipſo iure per pactum poſterius: vnde exceptio ex priori pacto nata non tollitur

pet poſterius pactum niſi ope replicationis: nec pactum poſterius obligationem naturalem reducit, quæ fuit in principali contractu prius extincta. Mihi, ſaluo aliorum iudicio, Donelli & Ant. Fabri ſolutiones præ cæteris arrident.

Qu. 82. *Quomodo ambigua pacta ſint interpretanda?* Reſtat vt de pactorum ambiguorum interpretatione nonnihil ſubijciamus: nam ſi verba pacti ambigua, ſic vt de voluntate ac mente paciſcentium exacte conſtare nequeat, quæri ſolet aduerſus vtrum ex paciſcentibus pacti ambigui interpretatio fieri debeat? Mihi illorum arridet ſententia, qui ſtatuunt, aduerſus eum Interpp. faciendam qui legem contractui apertiorem dicere potuit. Quæ ſententia his confirmatur fundamentis,

Etenim Paulus in *l. in contrahenda 172. prin. h. tit.* in genere definit, in contrahenda venditione pactum ambiguum contra venditorem eſſe. Ex eo ſequitur, regulariter non aduerſus emptorem, ſed venditorem ambiguæ venditionis fieri oportere interpretationem. 1. Quia in hoc titulo regulæ proponũtur iuris, quibus quid ordinariè, quidq; regulariter obtineat, definitur, 2. Quia ratio nulla dari poteſt, ſi æque aduerſus emptoré interpretanda emptio obſcura atq; aduerſus venditoré, cur regulam potius de venditore, quã de emptore Paulus conceperit. Quãquam enim Pet. Fab. hãc rationem huius rei aſſignet, quod plerumq; à venditore pactũ interponatur, rarò autẽ ab emptore: tamen ex hoc ipſo liquet, obſcuritatem & ambiguitatem emptionis venditionis regulariter venditori & nõ emptori nocere 3. Quia ſi aduerſus venditorem generaliter fit interpretatio, ſequitur regulariter eam fieri.

2. Quin & Papinianus idem plane aſſerit in *l. veteribus. 39. ff. de pact.* vbi *veteribus*, ait, *placuiſſe pactionem obſcuram, vel ambiguã venditori, & qui locauit, nocere, in quorum poteſtate fuerit legem apertius ſcribere.*

3. Et Paulus in *l. 21. ff. de contrah. empt.* Labeonem ſcripſiſſe refert, obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui dixerit, quam emptori, quia re integra potuerit apertius dicere.

4. Accedit his quoq; Pomponius in *l. 33. ff. eod. tit de contrah. empt. Cum in l. venditionis ita ſcriptũ ſit, flumina ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint: nec additur, quæ flumina ſeu ſtillicidia: primum ſpectari oportet, quid actum ſit, ſi non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio eſt.*

Cur autem venditori potius, quam emptori nocere debeat ambigua & obſcura oratio, eius hæ poſſunt aſſignari rationes. 1. Quod cum contractus ac conuentiones non niſi vtriuſque partis conſenſu valeant *l. 1. §. 2 ff. de pact.* Ideo venditor verba à ſe prolata aliter interpretari non poſſit, quam emptor in ea conſenſerit: at conſenſiſſe in dubio præſumatur in illud ſaltem quod ſibi quam minimum nocere poſſit. 2. Quia aduerſus creditorem pro debitore ambiguam conuentionem interpretari oportet; non ſolum quia debitoris hæc ſemper intentio fuiſſe præſumitur, ne immodicè obligetur *l. 30. ff. de oper. libert.* ſed etiam quia in dubio ſemper liberationi magis, quam obligationi fauetur atq; proniores ad liberandum, quã ad obligandum eſſe debemus *l. 47 ff. de O. & act.* 3. Quia cum in poteſtate fuerit vẽditoris, legem vẽditionis, verbis apertioribus, concipere æquum eſt, & naturalis ratio docet, illi obſcuritaté pacti nocere.

Qui à nobis diſſentiunt imprimis nituntur *l. 34. princ. ff. de contrah. empt.* in qua Paulus haud obſcurè oſtendit, pacti ambigui vel obſcuri interpretationem aduerſus emptorem pro venditore faciendam, nam ibi dictum erat Stichum accedere fundo vendito, nec dictum erat, quinam ille eſſet Stichus, plures quippe habuerat venditor, & dicitur eum deberi Stichum, quem venditor intellexerit.

Equidem Iacobus Cuiacius reſpondet, vitium textui irrepſiſſe, eumque propterea emendandum ac pro his verbis *quem*

Digitized by Google

quem venditor intellexerit, legendum *quem emptor intellexerit,* ſed violenta eſt hæc & diuinatoria ſolutio.

Igitur, ea reiecta, alii reſpondent, regulariter quidem aduerſus venditorem fieri interpretationem, cum is ordinariè atque plerumque pactum contractui adiiciat & legem dicat, prout ex *d. l. veteribus 39. ff. de pact. l. 21. & l. 33. de contrahend. empt.* ſatis conſtat. Aliquando tamen, ſed raro, emptorem adiicere conditionem ac legem contractui, eoque caſu aduerſus eum, vt qui apertiorem contractui legem dicere potuerit, pactum obſcurum interpretandum eſſe. Proinde & in *d. l. 34.* obſcuritatem pacti nocere emptori, quia in eo caſu ipſe legem contractus obſcurè conceperit.

Vdalr. Zaſ. in *l. 38. §. 10. ff. de V. O.* reſpondet, ſi vterq; contrahens obſcurè & confuſe pactum conceperit, ita vt iudex poſſit pro illo, vel pro altero interpretari, tunc fieri interpretationem contra eum, qui conuentione innititur, qui fundat ſuam intentionem in conuentione; idq; ideo, quod is, qui ſuam intentionem fundat in verbis obſcuris nihil habet, quod probet propter obſcuritatem, ideo merito cōtra eum fiat interpretatio: atq; huius regulæ, *quod ſi alterutra pars fundet intentionem in conuentionem obſcuram, tunc contra eam fiat interpretatio,* ait omnia Doctorum conſilia plena eſſe. Quapropter cum in caſu *d. l. 34.* emptor principaliter egerit & ſuam intentionem fundarit in certum Stichum, & non potuerit probare, ideo inquit, contra eum pro venditore interpretationem factam eſſe.

Finis huius diſputationis ſextæ.

VOLV-

VOLVMINIS PRIMI DISPVTATIO SEPTIMA,

De

TRANSACTIONIBVS.

QVÆSTIO I.

I. *Quomodo tranſactionis nomen accipiatur?* 449

II. *An trāſact. ſemper ſit de re dubia?* 450

III. *De re iudicata quatenus liceat transigere?* 451

IV. *An tranſactio interdū ſit nudū pactū, an verò ſemper ſit contractus?* 452

V. *An tranſactio ſit gratuita?* ibid.

VI. *An tranſactio ſit nudum pactū?* 453

VII. *An tranſactio ſit contractus nominatus vel innominatus?* 454

VIII. *An tranſactio ſit contractus?* ibid.

IX. *Quomodo fiat tranſactio?* ibid.

X. *An ſcriptura ad tranſactionem requiratur?* 455

XI. *An tranſact. noctu celebrari poſſit?* ib.

XII. *An tranſactioni noctu celebratæ noctu adhibenda ſint lumina?* ibid.

XIII. *An trāſact. poſſit die feſto celebrari?* ib.

XIV. *An corpore æger poſſit trāſigere?* 456

XV. *An mutus & ſurdus poſſint tranſigere?* ibidem.

XVI. *An pupillus ſine tutore poſſit tranſigere?* ibid.

XVII. *An minor ſine curatore ſuo poſſit tranſigere?* 457

XVIII. *Quomodo procuratorio nomine trāſigatur?* ibidem.

XIX. *An procurator reſtrictum & limitatum habens mandatum poſſit tranſigere?* 458

XX. *An procurator Cæſaris poſſit tranſigere?* 459

XXI. *An prælat' Eccl. poſſit tranſigere?* ibid.

XXII. *An ſyndicus poſſit tranſigere?* ibid.

XXIII. *An tutores vel curatores nomine pupillorum vel adultorum poſſint tranſigere?* 460

XXIV. *An pater de rebus filiifam. tranſigere poſſit?* 461

XXV. *An pater de dote, filiæ nomine petenda, poſſit tranſigere?* 462

XXVI. *An vaſallus poſſit de feudo ſine domini conſenſu tranſigere?* 463

XXVII. *An de dubia ſtatus quæſtione poſſit tranſigi?* 464

XXVIII. *An ſuper cauſa monaſtici ſtatus ſit licita tranſactio?* ibid.

XXIX. *An ſuper cauſa & controuerſia matrimoniali liceat tranſigere?* 465

XXX. *An ſuper re iudicata poſſit tranſigi?* 466

XXXI. *An de controuerſiis teſtamentariis liceat donandi cauſa paciſci?* 467

XXXII. *An iudex ſententiam ferri poſſit, non inſpectis teſtamenti verbis?* ibid.

XXXIII. *An inſpectioni teſtamenti poſſit renunciari?* 468

XXXIV. *An iurata renunciatio valeat?* ibid.
XXXV. *An valeat tranſactio, teſtamento nũcupatiuo non inſpecto?* ibid.
XXXVI. *An de futuris alimentis, in teſtamento relictis liceat transfigere?* 469
XXXVII. *An liceat de alimentis contractu cõſtitutis tranſigere?* ibid.
XXXVIII. *Ob quam rationem nõ liceat trãſigere de alimentis in teſtamento relictis?* 470
XXXIX. *An tranſactio iurata de alimentis futuris valeat?* 472
XL. *An de futuris alimẽtis trãſigatur autoritate cõpromiſſarii arbitri?* 473
XLI. *An valeat rerum eccleſiaſticarum alienatio, ſi ex ea melior efficiatur tur conditio Eccleſiæ?* 474
XLII. *An de futuris alimentis, in teſtamẽto relictis, trãſactio ſit prohibita?* 475
XLIII. *An de capitalib. criminibus tranſactio ſit licita?* 478
XLIV. *An vtriq; litigatori, an verò alterutri duntaxat, & cui trãſactio ſit permiſſa?* 484
XLV. *An de crimine capitali non ſolũ ante, ſed etiam poſt criminis denunciationem & rei poſtulationem permiſſum ſit actori, tranſigere citra obligationis impetrationem?* 487
XLVI. *Quenã hic ſint capitalia crimina, & pœna capitales?* 489
XLVII. *An de criminib. pœnam membri mutilationis, & fuſtigationis habentibus liceat tranſigere?* 490
XLVIII *Quare de adulterio non liceat tranſigere?* 492
XLIX. *An de adulterio liceat gratis & donãdi cauſa paciſci?* 493
L. *An de ſtupro liceat tranſigere?* 495
LI. *Quinam ſit effectus tranſactionis ſuper crimine capitali?* 497
LII. *An de criminib publicis non-capitalibus tranſactio ſit licita?* 498
LIII. *An de non-capitalib. criminib. donãdi animo & gratis paciſci liceat?* 499
LIV. *An de criminibus priuatis licita ſit tranſactio?* 500
LV. *An ſuper crimine non-capitali tranſigentes in falſum incidant?* 501
LVI. *Ad quenã extendatur trãſactio?* 503
LVII. *Ex quibus cauſis tranſactio reſcindatur?* 504
LVIII. *An ſentẽtia & tranſactio, ex falſis inſtrumentis facta reſcindi poßint?* 505

RESOLVTIO DISPVTATIONIS VII.

De TRANSACTIONIBVS,

THESIS I.

Reſolutio.

Litera A. Quæ.1. Quomodo trãſactionis nomẽ accipiatur?

TRanſactionis nomen, cum in iure, tum apud probatos latinos interpretes duplici in ſignificatu capitur: vno latiſſime pro quacunq; negotii compoſitione, cõfectione, terminatione, finitione, ita vt tranſigere idem ſit quod negotium conficere, expedire, finire & facere, vt nullũ amplius ſit negotium; ſic apud Ciceronem in *Orat. pro Quinct. vt quoniam ſuſpicaretur aliquam de re fore controuerſiam, videretur vt quamprimũ cum moleſtia tota tranſigeretur.* Et in Orat. *pro S. Roſcio*, negotium trãſigere pro finire, confi-

 cere.

cere. Itemq; in *orat. pro Roſcio. Commad.* negocium per nuncium tranſigere.

Eodemq; modo in vſu iuris noſtri hoc verbum capitur, vt cum dicitur *litem trāſigere per iuſiurandum* pro litem finire iureiurando *l eius rei 46. ff. de rei vind.* Vnde iuſiurandum ſpeciem tranſactionis habere dicitur in *l. 2. & 31. ff. de iureiur.*

Ita etiam legitima tempora tranſacta, pro finitis dicuntur in *l. 18. ff. de dolo malo.* Et ita generaliter, vt dixi, nomen tranſactionis, tam in iure, quam extra ius noſtrum capi indubitatum eſt.

Et generalem hanc verbi tranſactionis ſignificationem, exiſtimo ſatis perſpicue probari etiam *l. 129. & l. ſeq. 130. de verbor. ſignificat.* vbi in hęc verba Iuriſconſulti ſcribunt: *Tranſacta finitave intelligere debemus non ſolum de quibus controuerſia fuit, ſed etiam quæ ſine controuerſia ſunt poſſeſſa, vt ſunt iudicio terminata, tranſactione compoſita longi temporis ſilentio finita.*

Quibus verbis ea, quę iudicio ſunt terminata & longi temporis ſilentio finita, expreſſe dicuntur tranſacta, vnde ſequitur infallabiliter, tranſactionis ſignificationem adeo late patere, vt ſub ſe etiam ſententiam iudicis & præſcriptionē, tanquam ſpecies, complectatur.

Non ſanè deſunt, qui in contrariam ſententiam diſcedant, atque tranſactionis generalem iſtam ſignificationem ex prædictis duabus legibus probari non poſſe, ſeriò contendant, quos etiam ſequi videtur noſter autor; verum quam longe iſti à veritate aberrent oſtendi in *tractat. meo de tranſact. c. 1. q. 1.* vbi vide.

In ſpecialiori & propria ſignificatione tranſactionis nomen ſignificat deciſionē rei dubiæ litiſve incertæ, necdum finitæ *l. 1. ff de tranſact.* atque in hoc ſignificatu, præſenti in loco, accipitur. Et ita accepta definitur ab authore noſtro *de re dubia terminanda pacto non gratuita*

Litera B. Quæ. 2. *An trāſactio ſit de re dubia?*

Hinc colligitur tranſactionem ſemper eſſe de re dubia: ita enim in *d l. 1. ff. de tranſact.* Vlpianus: *Qui tranſigit quaſi de re dubia & lite incerta, neq; finita tranſigit,* res autem dubia hoc loco non ſolum ea dicitur, de qua lis eſt iam mota; ſed etiam de qua lis futura metuitur: ita vt timor quoque & metus litis tranſactioni locum faciat, *l. 2. Cod. de tranſact. Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam ei te debere cauiſſe, & ſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter* TIMOREM *litis tranſactione interpoſita pecunia rectè cauta intelligatur.*

Nec obſtat quod in hac *l. 2.* vt & in *l. 31. Cod. de tranſaction.* tranſactio proponitur de re certa eſſe facta: nam iſtis in locis per rem certam non ſignificatur res non litigioſa, & de qua nulla ſit dubitatio, nec lis eſſe poſſit, ſed denotat rem vnam definitam & determinatam, de qua tamen vel iam ſit, vel eſſe poſſit controuerſia.]

Nec exiſtimo hic audiendū eſſe Franciſcum Hotomannum in *leg. 32.* diſtinguentem, vt ſtipulatio procedat de re iudicata, adeoque certâ & indubitatâ, ſi acceptilatione aut aquiliana ſtipulatione facta fuerit *leg. 32. Codic. de tranſaction.* Non verò ſi tranſactio ſit facta per pactum conuentum.

Etenim omnis tranſactio eſt de re dubia & lite incerta *d. l. 1. & l. 2 ff. de tranſact.* ſiue fiat per Aquilianam ſtipulationem, ſiue per pactum conuentum.

Accedit huic quod in *dict. leg. 32* aperte Impp. reſcribunt, poſt rem iudicatam fruſtra tranſigi: eſt autē lex iſta generalis, nec diſtinguit, vtrum pacto convento, an verò aquiliana ſtipulatione tranſactio ſit facta.

Nec refragantur quicquam verba *d l. 32.* nam particula *Si* non conditionem, ſed cauſam & rationem denotat, vt idem ſignificet, quod QVIA, prout hæc particula in IVRE non rarò capitur, vt in *l. ſi is qui ff. de vſucap & vſurp. l. Pomponius. ff. de acquir. domin. l. 1. §. pen. ff. de verb. obligat l. 4 pr. ff. de in lit. iur.* plura quæ ad propoſitum pertinent, vide in *d. exercit. 1.*

Quocirca

Quocirca ex his conſtat, tranſactionem eſſe de re dubia ac lite incerta, necdum finita, quandocunque tandem fuerit facta, ſiue nudo pacto, ſiue per Aquilianam ſtipulationem.

Hinc Autor noſter tranſactionem à pacto nudo ita diſcerni opinatur, quod illa ſit de re dubia; hoc verò non ſit re de dubia, ſed ſemper de re certa & indubitata: in quam ſententiam mouetur *l. 1. de tranſact.* In qua ICtus ait: *Qui tranſigit quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit qui verò paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.*

Cui addi hæc ratio poteſt, quod gratuita litis remiſſio diſertè appelletur *donatio* in iure noſtro *l. 18. C. de donat. l. 2. §. 19. ff. eod. tit.* At donatio a pacto plurimum differt.

Quin & iſta ratione moueri videt̃ quod pactum nudum ſit omnis dationis aut facti expers, petitor autem, qui liti pacto renunciat, faciat aliquid: cum renunciare liti, eandemq; remittere, ſit facere.

Cæterum quominus Autori ſubſcribam moueor inprimis *l. 18. C. de tranſact.* vbi Interpp. *Tranſigere* aiunt, *& paciſci ſuper crimine capitali prohibitum non eſſe.* Ex quo clare pateſcit, ſuper lite incerta, criminis videlicet capitalis accuſatione, licere paciſci, itemq; pactionẽ de iisdem fieri poſſe, de quib. & tranſactio celebrari poteſt: At hæc fieri ſolum poteſt de re dubia, ſequitur itaq; etiam pactum fieri poſſe de re dubia & lite incerta, & quod valeat pactio ne agatur de criminibus priuatis, aperte ICtus teſtatur in *l. 4. 5. & 6. ff. de his, qui not. infam.*

Sic valet pactum ne pro iudicati vel incenſarum ædium agatur *l. 7. §. 13. ff. de pact.* Item ne depoſiti agatur *§. 15. eod. l. 7.*

Quæ omnia atq; ſingula demonſtrant, pactum nudum ẽt de re dubia fieri poſſe, nec proinde perpetuam hanc eſſe differẽtiam pacti & tranſactionis, quod hęc ſit de re dubia, iſtud verò de re certa & indubitata. Quapropter iſta exiſtimo diſcerni trãſactionẽ à pacto, ꝗ tranſactio non ſolũ fiat de re incerta & lite nondum finita *l. 1. ff. de trãſact. & l. 2. C. eod. tit.* ſed etiam ꝗ fiat aliquo viciſſim dato, retento vel promiſſo *l. 38. C. de tranſact.* At pactum nudum, etſi, vt dictum eſt, fiat de re dubia, non tamen ſit aliquo dato vel retento, quia alioquin pactum non eſſet.

Hæc proinde duo tranſactionis neceſſaria & eſſentialia requiſita, ſimul iuncta, diſcernunt pactum nudum à tranſactione; alterutrum vero iſtorum ſolum differentiam inter pacta & tranſactiones non conſtituit.

Et hoc etiam velle videtur ICtus in *d. l. 1. ff. de tranſact.* dum ait, eum, qui tranſigit, de re dubia & incerta tranſigere: illum verò, qui paciſcitur, rem indubitatam gratuito remittere: quibus verbis duæ exprimuntur pacti notæ, quibus ſimul iunctis à tranſactione diſcernatur, quod nempe primò pactum fiat de re certa: ſecundo quod fiat gratis; ſed de his plura dixi in *dict. tract. de tranſact. cap. 1. q. 4.*

Porro cum tranſactio ſit de re dubia & terminanda, ſequitur inde, quod de re iudicata & ſententia iudicis determinata, tranſactio fieri & celebrari nequeat, ſiquidem res iudicata certa eſt *l. 1. ff. de re iud.* Et re iudicata ita lis finitur ac terminatur, vt reſtaurari & rurſus in cõtrouerſiam reuocari nequeat *l. 2. C. de re iud.* Id quod etiam Impp. in *l. 32. C. de tranſact.* expreſſe fatentur, dum ſuper iudicato fruſtra trãſigi, nõ eſſe opinionis incertæ aiunt. *Lit. C. Qu. 3. De re iudicata quatenus liceat tranſigere?*

Sed & Vlpianus in *l. 23. §. 1. ff. de condict. indeb.* tranſactionẽ, de re iudicata factam, nullius momenti pronunciat.

Hoc tamen ita verum, ſi ſententia per appellationem non fuerit ſuſpenſa: alioquin ſi à ſententia appellatum fuerit, trãſactio locum habet; ita n. Vlpian. in *l. 7. pr. ff. de tranſact. Et poſt rẽ iudicatã trãſact. valet,*

ſi vel appellatio interceſſerit vel appellare potueris.

Cui adſtipulantur Imperatores in *d. l. 32. Codic. de tranſact. Si cauſa cognita, prolata ſententia, ſicut iure traditum eſt appellationis vel in integrum reſtitutionis ſolennitate ſuſpenſa non eſt; ſuper iudicato fruſtra tranſigi non eſt incertæ opinionis.*

Et ratio hæc eſt, quod per appellationem res iudicata iterum in dubium & incertum reuocetur eoq; res deducatur, vt nec iudicatum eſſe videatur, ſententia per appellationẽ ſuſpenſa *l. 1. §. vlt. ff. ad Turpill.*

Quin etſi appellatum non ſit, ſi tamen negetur iudicatum eſſe vel ignorari poſſit, an iudicatum ſit, tranſactio procedet, vt textus ſunt aperti & perſpicui in *leg. poſt rem iudicatam 11. Digeſt. de tranſact. l. 23. §. 1. Digeſt. de condict. indeb.* Quoniam, vt Vlpianus ait, lis adhuc eſſe poteſt & res etiamnum dubia & incerta eſt.

Et quanquam, quoad præſentem quæſtionem, Hotomannus diſtinguat inter tranſactionem nudo pacto factam, & factam per aquilianam ſtipulationem, motus *l. 32. C. de tranſact.* quid tamen de iſta diſtinctione habendum ſit, & quinam verus ſit illius *l. 32.* intellectus, paulò ſupra expoſui.

Litera D. Deſcribit porro autor noſt. tranſactionem per pactionem: vnde infert poſtea & concludit, quod tranſactio non ſit contractus.

Quæ 4. An tranſactio interdũ ſit nudũ pactum, an verò ſemper ſit cõtractus?

Equidem tranſactionem eſſe pactionẽ non diffiteor, ſed propterea tranſactionẽ contractum non eſſe recte exinde inferri nequit; cum pactionis itemq; pacti nomẽ ita generale ſit, vt contractus quoq; ſub ſe complectatur, prout in *diſput. preced. theſ. 1.* prolixè docuimus.

Et quod tranſactio ſemper & indiſtincte contractus ſit, nec vnquã nudo pacto perficiatur planè mihi perſuaſum habeo: tum quia pactum nudum non parit actionem *l. 7. §. 5. & l. 45. ff. de pact.* Tranſactio autem ſemper actionem parit *l. 6. & l. 33. de tranſact.* Tum quia tranſactio nunquã nudum pactum dicitur, ſed conſtanter contractus appellatur *l. 5. C. de tranſact. l. 7. C. de his quæ vi metuve. l. 17. C. de fid. inſtrum. l. fin. C. de litig.* tum quia tranſactio eſt conuentio *l. 3. princ. ff. de tranſact. l. 13. & 17. C. eod.* & quidem talis conuentio, quæ negotium, cauſam, ſeu ſynallagma contineat, ſiquidem cauſa eſt cum quid do, aut facio, vt viciſſim quid des aut facias. *l. 7. § 2 ff. de pact. l. 5. & 15. ff. de præſcript. verb.* atqui tranſactio ſic fieri debet, vt quippiam detur, aut fiat *l. 38. Cod. de tranſact.* igitur tranſactio eſt contractus.

Et quanquam tranſactio dicatur fieri pacto conuento & hinc inde pactum appelletur, exinde tamen perperam infertur, quod tranſactio non ſit contractus: cum & contractus pactum ſit *l. 71. ff. pro ſocio* vide *diſp. prec. theſ. 1.*

Accurate verò diſtinguendum hoc loco eſt inter tranſactionem & pactum de tranſigendo, ſeu tranſactionis cauſa interpoſito, quod à tranſactione diſcernitur, perinde vt pactum de emendo, ſeu emptionis cauſa interpoſitum, differt ab ipſa emptione. Quare pactum iſtud, quo convenit, vt actor à lite diſcederet & pro hoc aliquid ei viciſſim daretur, malè vulgò tranſactio appellatur, vt mox in *ſeq. ſub lit. F.* demonſtrabitur.

Nec impedit quod tranſactio ſit diſtractus *l. 10 & 16. C. de tranſact.* & ideo contractus appellari non poſſit, cum diſtractus & contractus ſint oppoſita, quæ de eodẽ enunciari nequeant. Nam de hoc quoque infra ſub *lit. H.* non nihil dicetur; & de hac quæſtione vide quæ dixi in *tr. meo de tranſact. c. 1. q. 2.* Additur poſtremò ab autore noſtro in definitione tranſactionis, tranſactionem eſſe non gratuitam pactionem.

Litera E. Sic enim in *l. 38. Codic. de tranſact.* Impp. *Tranſactio nullo dato, retento aut promiſſo non procedit.* Ex quo differentiam ſumi pacti & tranſactionis, ait autor, quamuis iſtã differentiam non eſſe perpetuã fateatur. Et ita

Quæ. 5. An tranſactio ſit gratuita

quoque

quoque ſeſe res habet: nam pactum de re certa, quantocunque precio fieri poſſe, luculenter probat *l. 6. §. 3. ff. de his, qui not. infamia* Idemque relucet ex *l. 1. ff. de Calumn.* & *l. 8. ff. de iure fiſci.* vbi nominatim atque expreſſe in fiſci cauſis prohibetur cum delatoribus precio paciſci. Ex quo ſequitur, quod aliis de cauſis, quam fiſci, pactio precio fieri poſſit. *arg. l. 12 pr. ff. de iudic.* Et quod pactum poſſit eſſe non gratuitum, pateſcit ex *l. 41. & 45. ff. de pact.* Nec refragatur quicquam *l. 1. ff. de transact.* Nam ibi non de quouis agitur pacto, ſed de pacto donationis cauſa facto: diſtinctio ſiquidem non poſt verbum *paciſcitur*, ſed poſt verba *donationis cauſa* poni debet, quaſi ita ſcripſiſſet Iuriſconſultus: *Eum, qui donationis cauſa paciſcitur, liberalitate rē certam & indubitatam remittere.* Etenim ſine dubio propoſitū fuit ICto *in d. l. 1.* differentiam proponere non cuiuſuis pacti & tranſactionis, ſed tranſactionis & pacti duntaxat donationis cauſa initi: & quod hæc ſit admittenda interpretatio, probāt fundamenta paulo ſupra adducta, quibus liquidò probatum eſt, pactum quoddam etiam non gratuitum eſſe poſſe.

Prædicta igitur differētia tranſactionē diſcernit non à quouis pacto, ſed a pacto duntaxat gratuito, h. e. donatis cauſa inito.

Qu. 6. *An trāſactio ſit nudum pactū n?* Monet porro Autor noſter tranſactionem tunc eſſe pactum quando in nudi placiti finibus perſiſtit, atque de dando deque remittenda lite concipitur.

Equidem fateor, vt vltro profiteor, aliud eſſe cōuentionem de dando vt res dubia remittatur, aliud dationem, & aliud rurſus pactum de remittēda lite, aliud factum remittentis. Verum illud minime cōcedendum exiſtimo, quod ſtatuitur pactum illud de dando aliquo, vt à lite diſcedatur, eſſe tranſactionem: quod enim pactum iſtud *dabo vt à lite diſcedas*; item *diſcedam à lite, vt des*, non ſit tranſactio dicenda his rationibus probatur. 1. Quia omnis tranſactio litem finit, nec minorem autoritatem habet, quam res iudicata *l. non minorem. 20. C. de transact.* Atq; pactio hæc *dabo vt à lite diſcedas, diſcedam a lite vt des*, non finit litē, nec ipſo iure, nec ope exceptionis: non ipſo iure, quod certum eſt & expeditum, quandoquidē iſta demū tranſactio ipſo iure litem finit & actionem perimit, quæ fit vel p acceptionē ſimplicē, vel per Aquilianam ſtipulationem. Nec finit litem huiuſmodi pactio ope exceptionis, quia reus contra actorem, qui tranſactionis nomine nihil adhuc quicquā accepit, excipiens, replicatione repellitur *l. 28. C. de transact.* dolo quippe facit reus, cōuentionem pro ſe allegans, quam tamen ſua ex parte nondum compleuit *arg. l. Iulianus. 13. §. offerri. ff. de act. empt. l. Item quæro §. inter locatorem. ff. locati.*

Et vt fortaſſis reus, quandiu paratus eſt ea, de quibus, tranſactionis nomine dandis, conuenit, præſtare, poſſit actorem exceptione pacti remouere *l. 21. C. de pact.* quia tamen exceptio hæc tēporalis eſt & actorem ſolū ad tempus remouet, actionem vero non perimit, idcirco nec litem finire, nec pactum iſtud proprie tranſactio appellari poteſt.

Quod ſi vero poſtea reus pactum adimpleat & id, quod prius promiſerat, præſtet, tum lis quidem finita eſt, & tranſactio facta intelligitur, verum non ex eo tempore, quo pactio interpoſita fuit, ſed quo cōplementū ſubſecutum eſt *l. 45. ff. de pact.*

Cui rationi & iſta accedit, quod ex conuentione *dabo, vt à lite diſcedas* nulla naſcatur actio, id quod diſſentientes vltro largiuntur: atqui ex tranſactione ſemper naſcitur actio *l. 6. l. 35. C. de transact.* cum eius non minor ſit autoritas, quam rei iudicatæ *l. non minorem. C. de transact.* Vnde actio iudicati perpetuo naſcitur. Concludendū igitur ex his videtur, pactum iſtud, quo conuenit, vt aliquo dato à lite diſcedatur, non eſſe tranſactionem, ſed pactum potius de tranſigendo.

Hoc deniq; luculentiſſime probat *l. 28.*

Digitized by Google

C. de tranſact. vbi pactum hoc diſcedam à lite vt aliquid des, vel dabo aliquid vt à lite diſcedas, expreſſe opponitur tranſactioni per particulam *ſed* aduerſatiuam. Quæ oppoſitio ſatis arguit, quod pactum de tranſigendo, deque lite remittenda, non ſit tranſactio. Cum igitur conſtet tranſactionẽ ſemper eſſe contractum, quæritur porro, vtrum ſit contractus nominatus, an vero innominatus? Et innominatum eſſe contractum placet Autori noſtro, quæ ſententia communis & vera eſt. Nam ex tranſactione naſci præſcriptis verbis actionem *l. 6. & 33. C. de tranſact.* At quæ conuentio hanc actionem producit, illa eſt contractus innominatus *l. 1. l. 2. & l. 3. ff. de præſcript. verb.*

Lit. G. Qu. 7. An tranſactio ſit contractus nominatus, an vero innominatus?

Confirmat eandem ſententiam & hæc ratio quod tranſactio in nomine ſui generis perſiſtat, nec in ſpecificum nomen tranſeat; quandoquidẽ tranſactionis nomen generale eſſe, nec ſoli huic conuentioni, qua de agimus, conuenire, ſupra in lumine huius theſis oſtendimus. Cui cõſequens eſt tranſactionem nõ eſſe nominatum ſed innominatũ contractũ. Quandoquidẽ iſte contractus dicitur innominatus, qui generis ſui nomen retinet nec ſpecificum ac proprium nomen aſſumit *l. 7. ff. de pact.* Et quamuis contraria opinio admodum ſpecioſis ac probabilib. rationibus nitatur, illis tamen à me ſatisfactum exiſtimo *in d. tract. de tranſact. c. 1. exercit. 3.*

Lit. H. Qu. 8. An traſactio ſit contractus?

Illud extra omnem controuerſiam poſitum eſt, quod tranſactio, mediante ſtipulatione facta, contractus ſit, & quidem nominatus contractus: id quod haut obſcure arguit *l. 6. & l. 15. C. de tranſact.*

Nec obeſt quod trãſactio ſit diſtractus *l. 10. & l. 6. C. de tranſact.* vt quæ litem finiat, actionem extinguat & obligationem diſtrahat, non minus atque ſententia, ſeu res iudicata. Contractus vero & diſtractus ita ſint contraria, vt de eodem prædicari non poſſint: obſeruandum quippe eſt, tranſactio ne duplicem habere effectum, & reſpectu illius duplicem ſortiri conſiderationem. Negotium ſiquidem prius litemque finit *l. 16. C. de tranſact.* Deinde reum actori obligat ad id quod tranſactionis nomine promiſit, præſtandum: ratione prioris conſideratur vt diſtractus, atque eo reſpectu cõtractui opponitur *in l. 1. §. 3. ff. de pact.* Reſpectu vero poſterioris tranſactio non opponitur contractui; ſed hinc inde contractus in iure dicitur. Quocirca cum diuerſo reſpectu dicatur contractus & diſtractus tranſactio, dici non poteſt de eodem ſubiecto contraria enunciari.

RESOLVTIO THESIS
Secunda.

TRanſactionem duplici fieri modo, pacto cõuẽto, aut acceptilatione, eaq; vel ſimplici, vel Aquiliana ſtipulatione, Autor eſt Vlpianus *in l. 2. ff. de tranſact.* vbi *Tranſactum*, ait, *accipere quis poteſt non ſolum ſi Aquiliana ſtipulatio fuerit ſubiecta, ſed etſi pactum conuentum fuerit factum.*

Lit. A. Qu. 9. Quomodo fiat tranſactio?

Pacto conuento tranſactio facta dicitur, quando, aliquo concepto, vel retento à lite quis recedere promiſit. Acceptilatione vero, cum quis, accepto aliquo, vel retento ita à lite diſcedit, vt obligationem accepto actori ferat, vel ſimplici acceptiolatione, vel Aquilana ſtipulatione: aut vt acceptilatione obligationem, nullo accepto, vel retento tolleret; ſed hac tamen conditione, vt viciſſim quid detur aut fiat.

Et huius tranſactionis, p acceptilationẽ vel Aquilianam ſtipulationem factæ, frequentiſſima eſt mentio in legibus noſtris vt *in l. 4. l. 15. l. 32. C. de tranſact.*

Nec parum intereſt, vtrum pacto conuento, an vero per acceptilationem ſit facta tranſactio, quoniam hoc caſu omnis agẽdi via præcluditur, extincta penitus ac ſublata actione p acceptilationẽ *d. l. 32. C. de tranſact.* At pacto conuento prior actio non plane perimitur, ſed ad eam elidendam

Digitized by Google

dendam ſolum exceptio pacti conuenti datur: vnde, tranſactione per acceptilationem facta, lis deciſa, amplius non poteſt inſtaurari, etiamſi alter tranſactioni non paruerit: at pacto conuento facta tranſactione, lis ſopita denuo reſtaurari poteſt, ſi alter tranſactioni non pareat: *l. 14. iunct. l. 32. C. de tranſact.* Donell. *ad l. 4. nu. 3. C. de tranſact.*

Sed vtrocunque modo fiat tranſactio, ſiue per pactum conuentum, ſiue per acceptilationem, ſemper neceſſum eſt pro litis remiſſione aliquid viciſſim dari aut præſtari, cum ſit pactio non gratuita *l. 1. ff. de tranſact.* id quod aperte cautum eſt *in l. 6. C. de tranſact.* in qua proponitur mater cum aduerſa parte ita tranſegiſſe, vt partẽ bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet. Et *in l. 38. C. de tranſact.* dicitur tranſactio, nullo dato, vel retento, vel promiſſo, minime procedere.

Qu. 10. *An ſcriptura ad tranſactionem requiratur?*

Ad formam porro tranſactionis minime ſcriptura deſideratur: nam ſic Impp. Dioclet. & Maxim. *in l. 28. C. de tranſact. Siue apud acta*; inquiunt, *rectoris prouinciæ, ſiue ſine actis, ſcriptura intercedente vel non, tranſactio interpoſita eſt, hanc ſeruari conuenit.* Et *in l. 17. C. de fid. inſtrum.* Iuſtin. aperte teſtatur, ad perfectionem tranſactionis ſcripturam non requiri. *Contractus ait venditionum vel permutationum, vel donationum, quas ne imari non eſt neceſſarium; dationis etiam arrarũ, vel alterius cuiuſcunq; cauſæ, quas tamen in ſcriptis fieri placuit: tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi conuenit, non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mundum recepta ſubſcriptionibusque partium confirmata ſint &c.* Quibus verbis ſignificatur, quod ad tranſactiones, cæteroſque contractus non exigatur ſcriptura, niſi ita placuerit, contrahentibus & tranſigentibus vt contractus tranſactione in ſcripturam redigeretur: nam hoc ſolum caſu ita neceſſariã eſſe ſcripturam ad contractum vel tranſactionem vt validi non cenſeantur priuſquam ſcriptura ſiue inſtrumentum, perfectum omnibusq; partib. abſolutũ fuerit: cum pacta ſoleant cõtractib. atq; negotiis, quib. apponũtur formã dare *l. 7. §. 5. ff. de pa.*

Qu. 11. *An tranſactio noctu celebrari poſſit?*

Inſuper ad formam tranſactionis nihil intereſt, vtrum interdiu, an vero noctu celebretur, hoc diſerte expreſſum eſt *in l. 20. C. de tranſact.* dum ita ibi reſcribitur: *Nec enim ad reſcindendum pactum ſufficit quod hoc ſecunda hora noctis interceſſiſſe proponis, cum nullum tempus ſanæ mentis maioris viginti quinque annis conſenſum repudiet.*

Qu. 12. *An tranſactioni noctu celebratæ adhibenda ſint lumina?*

Sed vtrum adhibenda ſint lumina, ita vt iis non adhibitis, tranſactio ſit inutilis? ſatis expeditum non videtur? Non valere tranſactionem, ſtatuit Accurſius, motus textu *l. 1 §. 10. ff. de ventr. inſpic.* vbi Vlpianus in conclaui, in quo mulier quæ prægnans dicitur, vult tria ad minimum luminaria adhiberi.

Sed male ex eo textu colligit Accurſius, lumina quoque in tranſactione, noctu celebrata, neceſſario eſſe adhibẽda, ſic, vt inutilis ſit tranſactio, ſi illa non fuerint adhibita: nam cur *in d. §. 10.* adhibenda ſint lumina, rationem exponit Vlpianus, hanc videlicet, ne in tenebris alienus partus ſubiiciatur vel ſupponatur, cum ad huiuſmodi fraudem tenebræ ſint aptiores: quæ ratio in tranſactione deficit, vt quæ ſine vlla fraude celebrari poſſit, etiam in tenebris. Quod ſi tamen res, de qua tranſigitur, talis ſit, vt in ea ex luminum defectu fraus adhiberi poſſit, tunc ad tranſactionẽ quoq; lumina eſſe neceſſaria, recte ſtatuit Autor noſter.

Qu. 13. *An tranſactio poſſit die feſto celebrari?*

Adeo etiam ad tranſactionem non requiritur certum tẽpus vt die quoq; feſto ea celebrari queat, quod ſancitum eſt *in l. fin. C. de trãſact.* vbi die dominica pactiones conferre, tranſactiones loqui Chriſtiani iubentur. Illa ſiquidem negotia ſolũ peragi dieb. feriatis prohibentur, quæ ad ſtrepitum iudicii ſpectant, h. e. qui ſunt actus iudiciarii, tranſactio vero adeo non pertinet ad iudicium, vt etiam iudicium finiat, liteſque ac controuerſias terminet.

Cum

Digitized by Google

Cum vere ad lites ſopiendas, controuerſias finiendas ac terminandas ſpectet tranſactio; hoc autem ſit Chriſtianis hominibus maxime dignũ & charitati Chriſtianæ conueniens, idcirco tranſactionem die ét dominica celebrari poſſe merito receptum eſt. Iurato deniq; & , pœna adiecta, fieri poſſe tranſactionem indubitatũ eſt, atq; euidenter probant textus ab Authore adducti, de iurata tranſactione eſt *l. 41. C. de tranſact.* de tranſactione quæ pœnam habet adiectam eſt *l. 15. 16. ff. hoc tit. l. 17. & 40. cod.*

Lit. B. Poſtquam expoſitum eſt quænam ſit forma tranſactionis, explicandum porro ſequitur, quinam tranſigere poſſint, vel non poſſint. De his vero hanc regulã tradit Autor noſter, *quod illis tranſigere liceat, quibus paciſci permittitur* per textum *in lib. 1. tit. 1. § 1. ſentent. recept. Pauli.* Qui textus, etſi hanc regulam expreſſis verbis non contineat, nec de perſonis tranſigentib. ſed de rebus, ſuper quibus tranſigere liceat, ſit conceptus; nullus tamen dubito, quin veriſſimum ſit axioma, quod illis tranſigere permittatur, quibus paciſci conceditur: plus ſiquidem eſt paciſci de re liquida eandemque pacto remittere, quam de re non liquida, litigioſa & dubia tranſigere *arg. l. 1. ff. de tranſact. l. 12. C. de tranſact.* Atqui cui licet quod plus eſt, ei non denegatur quod minus eſt *l. non debet de R. Iur.* Quanquam non viceuerſa qui tranſigere poteſt eidem quoque paciſci permittitur, vt in ſequentibus oſtendetur.

Qu. 14. *An corpore æger poſſit tranſigere?* Qui porro paciſci poſſint, oſtenſum eſt ſupra *in diſput. præcedenti de pact.* Nullum vero dubium eſt, quin corpore æger, modo ſana fuerit mente, recte tranſigat; id quod perſpicue teſtantur Impp. *in l. 27. Codic. de tranſact.* vbi in hæc verba reſcribunt: *Sanum mente, licet ægrum corpore, recte tranſigere manifeſtum eſt; nec poſtulare debueras improbo deſiderio placita reſcindi valetudinis corporis aduerſæ velamento: in his quippe quæ mutuo geruntur conſenſu, qualis tranſactio quoque eſt, aliis quia ea gerunt, integritas ſolum mentis, non corporis ſanitas requirenda eſt l. 2. Digeſt. qui teſtam. fac. poſſunt.* mente quippe & animo conſentimus, non corpore: ſane ſi mens inualitudine corporis infecta eſt, vt quandoque accidit, locum id habet quod Vlpianus ſcribit, conſentire non poſſe, qui ſentire non poteſt *l. ſi tibi. 8. ff. de opt. legat.*

Mutos, ſurdos, itemque abſentes, paciſci poſſe demonſtratum quoque eſt *in diſput. præcedent. de pactis*, idq; haut obſcure docet Paulus *in l. 2. ff. de pact.* Igitur & hos tranſigere poſſe conſequens eſt: ſed cum duplex ſit tranſactio, ſimplex, & quæ per acceptilationem atque Aquilianam ſtipulationem fit *l. 2. Digeſt. de tranſact.* Idcirco commode monet Autor noſter, id quod dictum eſt, mutos, ſurdos & abſentes tranſigere poſſe, de ea accipiendum eſſe tranſactione, quæ nudo fit pacto, non vero quæ fit per Aquilianam ſtipulationem vel acceptilationem, ſtipulari ſiquidem abſentes ſurdi & mutui prohibentur *in l. 1. ff. de verb. Obligat.* Qu. 15. *An mutus & ſurdus poſſint tranſigere?*

Pupillum quoque abſque tutoris authoritate tranſigere poſſe, aſſerit Autor, ſed ita, ſi aperte rem ſuam meliorem faciat, & infante ſit maior. Sed hæc aſſertio mihi valde ſuſpecta eſt, tranſactio quippe de re duntaxat incerta, dubia & litigioſa fieri poteſt, *l. 1. ff. de tranſact. l. 1. Codic. eod. tit.* Igitur conſtare non poteſt, anne pupillus tranſigens aperte ſuam conditionem meliorem reddat: hoc enim ſi conſtaret, certum vtique foret, anne res, ſuper qua tranſigitur, ad pupillum ſpectet, an minus. Atque huc referendum eſſe illud opinor, quod Iuſtinianus de hereditate ſcribit, quod eam adire non poſſit pupillus abſq; tutoris authoritate, quãuis ei lucroſa ſit, *tit. 1. de auth. tutor.* Qu. 16. *An pupillus ſine tutore poſſit tranſigere?*

Quocirca ſic potius ſtatuendum cenſeo, pupillum, etiam infante maiorem nõ poſſe tranſigere ſine tutoris authoritate, ſed ſi tranſegerit, & ſuam conditionem ex tranſa-

transactione meliorem reddiderit, obligari eum ad trãſactionẽ ſeruandam: *l. 5. ff. de auctor. tut.* Diuerſa quippe hæc sũt, pupillũ tranſigere poſſe ſine tutoris autoritate, & pupillũ tranſigentẽ obligari: prius illud ſimpliciter & indiſtinctè negatur, poſterius vero hac conditione cõceditur ſi ſuam conditionem meliorem faciat.

Sic enim hereditatem adire non poteſt pupillus ſine tutore; ſed tamen, ſi de facto adierit, & exinde locupletior effectus ſit, valet aditio & rata habetur.

Quatenus porro paciſci liceat pupillo itemque adulto minori viginti quinq; annis, ex iis liquere puto, quæ tradita fuerunt ſupra *diſp. præced de pact. theſi 5.*

Qu.17. *An minor ſine curatore ſuo poſſit tranſigere?* Quod de minore hoc loco aſſerit Treutlerus noſter, quod videlicet ſine conſẽſu curatoris ſui trãſigere valeat ex *l. 101. ff. de Verb. Oblig.* id minime admittẽdum ſupra in citato loco perſpicue oſtendimus; etenim quod minoris cõtractus ſine curatore ſuo, quem habet tempore contractus, nõ ſubſiſtat, ſed ipſo iure nullus ſit, haut obſcure patet ex *l. 3. C. de reſtitut. in integr. minor.* vnde etiam quod hic ſubiicitur, minorem ex trãſactione huiuſmodi, ſine curatoris conſenſu inita, lęſum in integrum reſtitui, verum non eſſe, plane mihi perſuaſum habeo; ita quippe contractus ab illo, ſine curatore initus, improbatur, vt dicatur non eſſe ſeruandus, exemplo contractus prodigi, cuius contractum conſtat ita inualidum eſſe, vt nulla penitus reſciſſione, vel reſtitutione indigeat. Accedit quod ibidem opponatur contractus, à minore curatorem non habente initus, ei contractui, qui initus eſt à minore curatore deſtituto, atque de hoc dicatur quod per in integrũ reſtitutionem reſcindatur; vnde ſequitur, vt cõſiſtat oppoſitio iſta, quod contractus initus à minore, qui curatorem habuit, atq; ſine eius conſenſu contraxit, ipſo iure ſit nullus, nec demum per in integrum reſtitutionem reſcindatur. Hinc quoque tranſactionem iuratam in integrum reſtitutione, qua reſcindatur, plane non indigere verius eſt. Id ſiquidem quod ipſo iure nullum eſt, iureiurando non poteſt confirmari *leg. 5. C. de legib.* vbi pro regula traditur, quod actus, contra leges ciuiles geſtus, ipſo iure inualidus ſit, atque pro infecto habeatur, quantumuis iuſiurandum contractui acceſſerit, confirmandi illius cauſa, & ratio huius perſpicua eſt, quod videlicet iuſiurandum non debeat eſſe vinculum iniquitatis, ſed comitem ſecum habere debeat iuſtitiam; qua ſane deſtituitur contractus contra legum prohibitionem à minore initus; ſed de hoc memini quoque in præcedenti diſputatione prolixe actum fuiſſe.

Equidem non obſtant *Authent. Sacramẽta puberum, & l. 1. C. ſi aduerſus vendit.* nam illi duo textus accipiẽdi ſunt de cõtractu valido, inito à minore viginti quinque annis, qui vel curatorem nõ habuit, vel qui habuit, ſed conſenſum eius non adhibuit.

Porro tranſigere licet non tãtum ſuo, ſed alieno etiam nomine, veluti procuratorio. Sed vt hoc caſu tranſactio ſit valida, requiritur vt ſpeciale habeat mandatum de tranſigendo: hoc quippe deſiderat Pontifex in *cap. 4. de procurat. in ſext.* dum ita ſcribit: *Procurator quoque, &c absque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt.* Idemque in *leg. 17. §. fin. de iureiur.* Paulus ſcribit. *Lit. C.* Qu.18. *Quando procuratorio nomine re tranſigatur?*

Cæterum, etſi vniuerſorum bonorũ procurator ſit, non tamen tranſigere poteſt, præterquam ſi libera ipſi omniũ bonorũ adminiſtratio ſit permiſſa; quod etiam Pontifex in *d. cap. 4.* perſpicue ſcribit: *Procurator*, inquiens, *abſque ſpeciali mandatu iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorũ vel cauſæ adminiſtratio libere ſit conceſſa.*

Inſuper quod procurator ſine libera

Digitized by Google

tranſigere non poſſit, euidenter probat *l.60. ff. de procurator.* vbi Paulus *mădato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam; & ideo ſi poſtea is, qui mandauit, tranſactionem ratam non habuit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.*

Et ratio huius obſcura non eſt, hæc ſcilicet, quod tranſactio ſpecies ſit alienationis *leg 4. C. de reb. minor. non alienand.* alienare vero procurator vniuerſorum bonorum non poteſt *leg. 63. ff. de procurator.* non igitur tranſigere valet.

Aliam vero eſſe rationem procuratoris vniuerſorum bonorum cum libera, probat non ſolum *d. cap. 4. de procurat. in ſext.* ſed idem quoq; euincit quod huiuſmodi procurator paciſci poſſit ſine ſpeciali mandatu *leg.11. & 12. ff. de pact.* qui autem paciſci poteſt, is multo magis tranſigere valet, vt paulo ſupra diximus.

Eodemque pertinet quod procurator habens mandatum cum libera, poſſit iuramentum deferre litis deciſorium *leg. 17. § fin. de iureiur.* quod tranſactionis ſpeciem continet *l. 2. & l. 31. ff. de iureiur.* ex quo ſequitur quod tranſigere quoque valeat.

Et quod poteſtas tranſigendi competat illi, qui mandatum cum libera habet, omnium euidentiſſime probat *l.60. §. Lucius ff. mandati.* Quo in loco formulă proponit Ictus mandati cum libera & quidnam eo contineatur mandatu, exponit; & haut diſſimulat, eum, cui tale ſit mandatum, poſſe de bonis, ſuæ adminiſtrationi commiſſis, diſponere & quiduis operari, quod domino permittitur.

Et ſane cum talis procurator res domini liquidas minimeq; controuerſas, citra ſpeciale mandatum, alienare valeat; vt oſtendunt *l.9. §.4. ff. de acquir. dom. §. Nihil. Inſtit de Rer. diuiſ. l. 58. & 59. ff. de procurat. leg. 60. ff. mandati.* Quæ ratio eſſet quod poſſet tranſigere ſine ſpeciali mandatu; cum longe plus ſit alienare rem liquidam, quam de re illiquida & controuerſa tranſigere?

Et quanquam non deſint textus, quibus ſignificari videtur quod procuratori vniuerſorum bonorũ generaliter & indiſtincte, ſiue liberam habuerit adminiſtrationem, ſiue non habuerit, alienatione bonorum & tranſactione interdicatur vt *leg. 63. ff. de procurat. l. 7. §. 1. ff. in quib. cauſ pign.* illi tamen, ſi cum te[x]tibus, prius citatis, conferantur, de aliis non poſſunt intelligi procuratoribus niſi qui liberam non habuerint.

Equidem procuratori Cæſaris interdictum eſt tranſactionẽ *l.19. ff. de tranſact. leg. 1. §. 1. ff. de offic. procurat. Cæſar.* verum ex eo male infertur quod conſimiliter procuratori cum libera, priuati alicuius, iure tranſigendi ſit interdictum: tum quia procurator Cæſaris liberam adminiſtrationem bonorum non habet *leg. 13. ff. de tranſact.* tum quia adminiſtratione ſimplici ea non continentur, quæ ſpeciale requirunt mandatum, qualis eſt etiam tranſactio, itemque iuramẽtum & alienatio bonorum: tum quia Imperatores facultatem tranſigendi procuratoribus ſuis expreſſe & nominatim ademerint, cõſequẽs eſſe videtur, eam procuratoribus priuatorum, quibus ea adempta non reperitur, relictă eſſe. Sed vide de tranſactione procuratorum, quæ ſcripſi in *tract. de tranſact. c. 2 q. 1. & 2.*

Illud certum eſt, procuratorem, qui limitatum habet & ad vnam aliquam cauſam reſtrictum mandatum, non habere facultatem tranſigendi, & ſi tranſegerit, tranſactionem non tenere dominum; confirmat hoc diſertis verbis Imperator Alexander in *l.10. C. de procurat. Si datũ procurator, inquiens, ad vnam ſpeciem cõſtitutus officium mădati egreſſus eſt, id quod geſſit, nullum domino præiudicium facere potuit.* Qu.19. *An procurator reſtrictũ & limitatũ habẽs mă[datum] poſſit tranſigere?*

Rationem huius hîc in adducta *leg.10.* indicat Alexander, ꝙ officium ac limites mandati procurator excedere non debeat.

beat.

beat, quodq; hactenus, quaten' exceſſit, nihil domino præiudicetur. idq; eſt quod Paulus ſcribit in *l. 5. pr. ff. mandati*. diligētē fines mandati cuſtodiēdos eſſe, quia qui illos exceſſerit, aliud quid facere videatur.

Hinc igitur, qui ſpecialiter ad hoc cōſtitutus, vt in arbitrium compromitteret tranſigere non poteſt cum habeat reſtrictum & limitatum mandatum cuius terminos ac limites excederet, ſi cū aduerſario domini tranſigeret; maxime cum tranſactio ſpeciale deſideret mandatum, *c. 4. de procurat. in ſext.* vt quæ cum magno domini præiudicio coniuncta ſit.

Quo pertinere videtur *l. 7. C. de trāſact.* tranſactionis placitum ab eo interpoſitū cui cauſæ actionem, non deciſionem litis mandaſti, nihil petitioni tuæ derogauit.

Qu. 10. *An procurator Cæſaris poſſit tranſigere?*

Conſimiliter tranſigere prohibetur procurator Cæſaris in *l. 13. ff. de tranſact.* vbi Æmylius Macer ita ſcribit: *Nulli procuratorum principis, inconſulto principe, tranſigere licet.* cui conſentit Vlpianus in *l. 1. §. 1. ff. de offic. procurat. Cæſar. Denique*, inquiēs, *ſi venditionis, donationis vel tranſactionis cauſa quid agat, nihil agit: non enim alienare in rem Cæſaris, ſed diligenter gerere commiſſum eſt.* At hoc in fauorem ſingularem Fiſci Cæſariſque receptum eſt, ne videlicet Cæſaris res, ſub prætextu tranſactionis, vel cuiuſcunque alienationis, ei interuertantur.

Et quanquam Autor noſter hactenus permittat procuratori Cæſaris trāſigere, quatenus rem Cęſaris non alienat, ſed eā conſeruat & retinet: quia tamē adductus textus *d. l. 12.* generalis eſt, atque ſine vlla diſtinctione loquitur, idcirco diſtinguēdum non puto: cum præſertim trāſactio fieri non poſſit, niſi aliud viciſſim detur aut promittatur *l. 38. C. de tranſact.* proinde, quamuis procurator Cæſaris rem cōtrouerſam tranſigēdo retineret, viciſſim tamen de Cæſaris bonis aduerſario, trāſactionis nomine, dare quippiam cogeretur, adeoque tranſigere non poteſt, niſi de bonis Cæſaris aliquid alienando. Qu. 11.

An Prælatus Eccleſiæ poſſit tranſigere?

De Prælato Eccleſiæ idem plane ſtatuendum exiſtimo: etenim in *c. 2. extr. de rebus Eccleſ.* ... *donat.* dicitur, quemlibet Prælatum Eccleſiaſticarum rerum eſſe procuratorem & non dominum; atqui procuratorem non poſſe tranſigendo nocere, aut præiudicare domino, niſi ſpeciale ab eo mādatum habuerit, aut libera ipſi adminiſtratio commiſſa fuerit, patet ex prædictis & diſerte ſcribit Pontifex in *d. cap. 4. de procurat. in ſext.* igitur non poterit trāſigere Prælatus in pręiudicium Eccleſiæ. Quod vero non ſit procurator cum libera adminiſtrandi facultate cōſtitutus, relucet quoque ex eo, quod ius alienandi non habet bona Eccleſiæ *d. c. 2. de donat.* atqui procuratorem cum libera poſſe alienare, ex ſupradictis abunde liquet.

Atque hanc quoque ſententiam mirifice cōfirmat quod in *eod. c. 2. de donat.* ſcribitur; *Prælatum Eccleſiæ conditionem Eccleſiæ meliorem facere poſſe, non vero deteriorem.* Ex quo ſequitur quod cum tranſactio talis ſit actus, quo conditio eius, cuius nomine tranſigitur, deterior effici poteſt, ideo eam à Prælato Eccleſiæ minime fieri poſſit.

Pro qua ſententia etiam facit, quod, etſi manumiſſio ſit admodum fauorabilis, ita vt in eius fauorem multa ſint à veteribus legumlatoribus contra regulas iuris communis ſcripta & conſtituta, nō tamen à prælato in Eccleſiæ præiudiciū fieri queat *cap. 4. de reb. Eccleſ. non alien.* Igitur non poterit prælatus in Eccleſiæ pręiudicium tranſigere; præſertim cum in *eod. c. 4.* ſubiiciatur, *Impium eſſe, vt qui res ſuas Eccleſiæ non detulerit, damnum inferat*; atqui per tranſactionem Eccleſiæ faciliime damnum inferri poſſet, quare niſi conſenſum habuerit prælatus Eccleſiæ aut ſpeciale & expreſſum de tranſigendo mandatum, non poterit tranſigere.

Qu. 12. *An Syn-*

Alia ratio eſt Syndici: hunc enim quam-

Digitized by Google

per poſterius pactum niſi ope replicationis: nec pactum poſterius obligationem naturalem reducit, quæ fuit in principali contractu prius extincta. Mihi, ſaluo aliorum iudicio, Donelli & Ant. Fabri ſolutiones præ cæteris arrident.

Qu. 82. *Quomodo ambigua pacta ſint interpretanda?*

Reſtat vt de pactorum ambiguorum interpretatione nonnihil ſubijciamus: nam ſi verba pacti ambigua, ſic vt de voluntate ac mente paciſcentium exacte conſtare nequeat, quæri ſolet aduerſus vtrum ex paciſcentibus pacti ambigui interpretatio fieri debeat? Mihi illorum arridet ſententia, qui ſtatuunt, aduerſus eum Interpp. faciendam qui legem contractui apertiorem dicere potuit. Quæ ſententia his confirmatur fundamentis.

Etenim Paulus in *l. in contrahenda 172. prin. h. tit.* in genere definit, in contrahenda venditione pactum ambiguum contra venditorem eſſe. Ex eo ſequitur, regulariter non aduerſus emptorem, ſed venditorem ambiguæ venditionis fieri oportere interpretationem. 1. Quia in hoc titulo regulæ proponũtur iuris, quibus quid ordinariè, quidq; regulariter obtineat, definitur. 2. Quia ratio nulla dari poteſt, ſi æque aduerſus emptorẽ interpretanda emptio obſcura atq; aduerſus venditorẽ, cur regulam potius de venditore, quã de emptore Paulus conceperit. Quãquam enim Pet. Fab. hãc rationem huius rei aſſignet, quod plerumq; à venditore pactũ interponatur, rarò autẽ ab emptore: tamen ex hoc ipſo liquet, obſcuritatem & ambiguitatem emptionis venditionis regulariter venditori & nõ emptori nocere 3. Quia ſi aduerſus venditorem generaliter fit interpretatio, ſequitur regulariter eam fieri.

2. Quin & Papinianus idem plane aſſerit in *l. veteribus. 39. ff. de pact.* vbi *veteribus,* ait, *placuiſſe pactionem obſcuram, vel ambiguã venditori, & qui locauit, nocere, in quorum poteſtate fuerit legem apertius ſcribere.*

3. Et Paulus in *l. 21. ff. de contrah. empt.* Labeonem ſcripſiſſe refert, obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui dixerit, quam emptori, quia re integra potuerit apertius dicere.

4. Accedit his quoq; Pomponius in *l. 33. ff. eod. tit. de contrah. empt. Cum in l. venditionis ita ſcriptũ ſit, flumina ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint: nec additur, quæ flumina ſeu ſtillicidia: primum ſpectari oportet, quid actum ſit, ſi non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio eſt.*

Cur autem venditori potius, quam emptori nocere debeat ambigua & obſcura oratio, eius hæ poſſunt aſſignari rationes. 1. Quod cum contractus ac conuentiones non niſi vtriuſque partis conſenſu valeant *l. 1. §. 2 ff. de pact.* Ideo venditor verba à ſe prolata aliter interpretari non poſſit, quam emptor in ea conſenſerit: at conſenſiſſe in dubio præſumatur in illud ſaltem quod ſibi quam minimum nocere poſſit. 2. Quia aduerſus creditorem pro debitore ambiguam conuentionem interpretari oportet; non ſolum quia debitoris hæc ſemper intentio fuiſſe præſumitur, ne immodicè obligetur *l. 30. ff. de oper. libert.* ſed etiam quia in dubio ſemper liberationi magis, quam obligationi fauetur atq; proniores ad liberandum, quã ad obligandum eſſe debemus *l. 47 ff. de O. & act.* 3. Quia cum in poteſtate fuerit vẽditoris, legem vẽditionis, verbis apertioribus, concipere æquum eſt, & naturalis ratio docet, illi obſcuritatẽ pacti nocere.

Qui à nobis diſſentiunt imprimis nituntur *l. 34. princ. ff. de contrah. empt.* in qua Paulus haud obſcurè oſtendit, pacti ambigui vel obſcuri interpretationem aduerſus emptorem pro venditore faciendam, nam ibi dictum erat Stichum accedere fundo vendito, nec dictum erat, quinam ille eſſet Stichus, plures quippe habuerat venditor, & dicitur eum deberi Stichum, quem venditor intellexerit.

Equidem Iacobus Cuiacius reſpondet, vitium textui irrepſiſſe, eumque propterea emendandum ac pro his verbis

quem

quem venditor intellexerit, legendum ***quem emptor intellexerit,*** ſed violenta eſt hæc & diuinatoria ſolutio.

Igitur, ea reiecta, alii reſpondent, regulariter quidem aduerſus venditorem fieri interpretationem, cum is ordinariè atque plerumque pactum contractui adiiciat & legem dicat, prout ex ***d. l. veteribus 39. ff. de pact. l. 21. & l. 33. de contrahend. empt.*** ſatis conſtat. Aliquando tamen, ſed rarò, emptorem adiicere conditionem ac legem contractui, eoque caſu aduerſus eum, vt qui apertiorem contractui legem dicere potuerit, pactum obſcurum interpretandum eſſe. Proinde & in ***d. l. 34.*** obſcuritatem pacti nocere emptori, quia in eo caſu ipſe legem contractus obſcurè conceperit.

Vdalr. Zaſ. in *l. 38. §. 10. ff. de V. O.* reſpondet, ſi vterq; contrahens obſcurè & confuſe pactum conceperit, ita vt iudex poſſit pro illo, vel pro altero interpretari, tunc fieri interpretationem contra eum, qui conuentione innititur, qui fundat ſuam intentionem in conuentione; idq; ideo, quod is, qui ſuam intentionem fundat in verbis obſcuris nihil habet, quod probet propter obſcuritatem, ideo merito cõtra eum fiat interpretatio: atq; huius regulæ, ***quod ſi alterutra pars fundet intentionem in conuentionem obſcuram, tunc contra eam fiat interpretatio,*** ait omnia Doctorum conſilia plena eſſe. Quapropter cum in caſu ***d. l. 34.*** emptor principaliter egerit & ſuam intentionem fundarit in certum Stichum, & non potuerit probare, ideo inquit, contra eum pro venditore interpretationem factam eſſe.

Finis huius diſputationis ſextæ.

VOLV-

VOLVMINIS PRIMI
DISPVTATIO SEPTIMA,

De

TRANSACTIONIBVS.

QVÆSTIO I.

I. *Quomodo tranſactionis nomen accipiatur?* 449
II. *An trãſact. ſemper ſit de re dubia?* 450
III. *De re iudicata quatenus liceat transigere?* 451
IV. *An tranſactio interdũ ſit nudũ pactũ, an verò ſemper ſit contractus?* 452
V. *An tranſactio ſit gratuita?* ibid.
VI. *An tranſactio ſit nudum pactũ?* 453
VII. *An tranſactio ſit contractus nominatus vel innominatus?* 454
VIII. *An tranſactio ſit contractus?* ibid.
IX. *Quomodo fiat tranſactio?* ibid.
X. *An ſcriptura ad tranſactionem requiratur?* 455
XI. *An tranſact. noctu celebrari poßit?* ib.
XII. *An tranſactioni noctu celebratæ noctu adhibenda ſint lumina?* ibid.
XIII. *An trãſact. poßit die feſto celebrari?* ib.
XIV. *An corpore æger poßit trãſigere?* 456
XV. *An mutus & ſurdus poßint tranſigere?* ibidem.
XVI. *An pupillus ſine tutore poßit tranſigere?* ibid.
XVII. *An minor ſine curatore ſuo poßit tranſigere?* 457
XVIII. *Quomodo procuratorio nomine trãſigatur?* ibidem.
XIX. *An procurator reſtrictum & limitatum habens mandatum poßit tranſigere?* 458
XX. *An procurator Cæſaris poßit tranſigere?* 459
XXI. *An prælat⁹ Eccl. poßit tranſigere?* ibid.
XXII. *An ſyndicus poßit tranſigere?* ibid.
XXIII. *An tutores vel curatores nomine pupillorum vel adultorum poßint tranſigere?* 460
XXIV. *An pater de rebus filiifam. tranſigere poßit?* 461
XXV. *An pater de dote, filiæ nomine petenda, poßit tranſigere?* 462
XXVI. *An vaſallus poßit de feudo ſine domini conſenſu tranſigere?* 463
XXVII. *An de dubia ſtatus quæſtione poßit tranſigi?* 464
XXVIII. *An ſuper cauſa monaſtici ſtatus ſit licita tranſactio?* ibid.
XXIX. *An ſuper cauſa & controuerſia matrimoniali liceat tranſigere?* 465
XXX. *An ſuper re iudicata poßit tranſigi?* 466
XXXI. *An de controuerſiis teſtamentariis liceat donandi cauſa paciſci?* 467
XXXII. *An iudex ſententiam ferri poßit, non inſpectis teſtamenti verbis?* ibid.
XXXIII. *An inſpectioni teſtamenti poßit renunciari?* 468

XXXIV. An

Digitized by

XXXIV. *An iurata renunciatio valeat?* ibid.
XXXV. *An valeat tranſactio, teſtamento nũcupatiuo non inſpecto?* ibid.
XXXVI. *An de futuris alimentis, in teſtamento relictis liceat tranſigere?* 469
XXXVII. *An liceat de alimentis contractu cõſtitutis tranſigere?* ibid.
XXXVIII. *Ob quam rationem nõ liceat trãſigere de alimentis in teſtamento relictis?* 470
XXXIX. *An tranſactio iurata de alimentis futuris valeat?* 472
XL. *An de futuris alimẽtis trãſigatur autoritate cõpromiſſarii arbitri?* 473
XLI. *An valeat rerum eccleſiaſticarum alienatio, ſi ex ea melior efficiatur tur conditio Eccleſiæ?* 474
XLII. *An de futuris alimentis, in teſtamẽto relictis, trãſactio ſit prohibita?* 475
XLIII. *An de capitalib. criminibus tranſactio ſit licita?* 478
XLIV. *An vtriq; litigatori, an verò alterutri duntaxat, & cui trãſactio ſit permiſſa?* 484
XLV. *An de crimine capitali non ſolũ ante, ſed etiam poſt criminis denunciationem & rei poſtulationem permiſſum ſit actori, tranſigere citra obligationis impetrationem?* 487
XLVI. *Quanã hic ſint capitalia crimina, & pœna capitales?* 489
XLVII. *An de criminib. pœnam membri mutilationis, & fuſtigationis habentibus liceat tranſigere?* 490
XLVIII. *Quare de adulterio non liceat tranſigere?* 492
XLIX. *An de adulterio liceat gratis & donãdi cauſa paciſci?* 493
L. *An de ſtupro liceat tranſigere?* 495
LI. *Quinam ſit effectus tranſactionis ſuper crimine capitali?* 497
LII. *An de criminib publicis non-capitalibus tranſactio ſit licita?* 498
LIII. *An de non-capitalib. criminib. donãdi animo & gratis paciſci liceat?* 499
LIV. *An de criminibus priuatis licita ſit tranſactio?* 500
LV. *An ſuper crimine non-capitali tranſigentes in falſum incidant?* 501
LVI. *Ad quanã extendatur trãſactio?* 503
LVII. *Ex quibus cauſis tranſactio reſcindatur?* 504
LVIII. *An ſentẽtia & tranſactio, ex falſis inſtrumentis facta reſcindi poſſint?* 505

RESOLVTIO DISPVTATIONIS VII.

De TRANSACTIONIBVS,

THESIS I.

Reſolutio.

Litera A. Quæ. I. *Quomodo trãſactionis nomẽ accipiatur?*

TRanſactionis nomen, cum in iure, tum apud probatos latinos interpretes duplici in ſignificatu capitur: vno latiſſime pro quacunq; negotii compoſitione, cõfectione, terminatione, finitione, ita vt tranſigere idem ſit quod negotium conficere, expedire, finire & facere, vt nullũ amplius ſit negotium; ſic apud Ciceronem in *Orat. pro Quinct. vt quoniam ſuſpicaretur aliquam de re fore controuerſiam, videretur vt quamprimũ cum moleſtia tota tranſigeretur.* Et in Orat. *pro S. Roſcio*, negotium trãſigere pro finire, conficere.

cere. Itemq; in *orat. pro Roſcio. Commod.* negocium per nuncium tranſigere.

Eodemq; modo in vſu iuris noſtri hoc verbum capitur, vt cum dicitur *litem traſigere per iuiurandum* pro litem finire iureiurando *l. eius rei 46. ff. de rei vind.* Vnde iuſiurandum ſpeciem tranſactionis habere dicitur in *l. 2. & 31. ff. de iureiur.*

Ita etiam legitima tempora tranſacta, pro finitis dicuntur in *l. 18. ff. de dolo malo.* Et ita generaliter, vt dixi, nomen tranſactionis, tam in iure, quam extra ius noſtrum capi indubitatum eſt.

Et generalem hanc verbi tranſactionis ſignificationem, exiſtimo ſatis perſpicue probari etiam *l. 129. & l. ſeq. 130. de verbor. ſignificat.* vbi in hęc verba Iuriſconſulti ſcribunt: *Tranſacta finitave intelligere debemus non ſolum de quibus controuerſia fuit, ſed etiam quæ ſine controuerſia ſunt poſſeſſa, vt ſunt iudicio terminata, tranſactione compoſita longi temporis ſilentio finita.*

Quibus verbis ea, quę iudicio ſunt terminata & longi temporis ſilentio finita, expreſſe dicuntur tranſacta, vnde ſequitur infallabiliter, tranſactionis ſignificationem adeo latè patere, vt ſub ſe etiam ſententiam iudicis & præſcriptioné, tanquam ſpecies, complectatur.

Non ſanè deſunt, qui in contrariam ſententiam diſcedant, atque tranſactionis generalem iſtam ſignificationem ex prædictis duabus legibus probari non poſſe, ſeriò contendant, quos etiam ſequi videtur noſter autor; verum quam longe iſti à veritate aberrent oſtendi in *tractat. meo de tranſact. c. 1. q. 1.* vbi vide.

In ſpecialiori & propria ſignificatione tranſactionis nomen ſignificat deciſioné rei dubiæ litiſve incertæ, necdum finitæ *l. 1. ff. de tranſact.* atque in hoc ſignificatu, præſenti in loco, accipitur. Et ita accepta definitur ab authore noſtro *de re dubia terminanda pactio non gratuita.*

Litera B. *Quæ. 2.* *An traſactio ſit de re dubia?*

Hinc colligitur tranſactionem ſemper eſſe de re dubia: ita enim in *d. l. 1. ff. de tranſact.* Vlpianus: *Qui tranſigit quaſi de re dubia & lite incerta, neq; finita tranſigit,* res autem dubia hoc loco non ſolum ea dicitur, de qua lis eſt iam mota; ſed etiam de qua lis futura metuitur: ita vt timor quoque & metus litis tranſactioni locum faciat, *l. 2. Cod. de tranſact. Cum te proponas cum ſorore tua de hereditate tranſegiſſe, & ideo certam pecuniam ei te debere cauiſſe, & ſi nulla fuiſſet quæſtio hereditatis, tamen propter* TIMOREM *litis tranſactione interpoſita pecunia rectè cauta intelligatur.*

Nec obſtat quod in hac *l. 2.* vt & in *l. 31. Cod. de tranſaction.* tranſactio proponitur de re certa eſſe facta: nam iſtis in locis per rem certam non ſignificatur res non litigioſa, & de qua nulla ſit dubitatio, nec lis eſſe poſſit, ſed denotat rem vnam definitam & determinatam, de qua tamen vel iam ſit, vel eſſe poſſit controuerſia.

Nec exiſtimo hic audiendū eſſe Franciſcum Hotomannum in *leg. 32.* diſtinguentem, vt ſtipulatio procedat de re iudicata, adeoque certâ & indubitatâ, ſi acceptilatione aut aquiliana ſtipulatione facta fuerit *leg. 32. Codic. de tranſaction.* Non verò ſi tranſactio ſit facta per pactum conuentum.

Etenim omnis tranſactio eſt de re dubia & lite incerta *d. l. 1. & l. 2. ff. de tranſact.* ſiue fiat per Aquilianam ſtipulationem, ſiue per pactum conuentum.

Accedit huic quod in *dict. leg. 32* aperte Impp. reſcribunt, poſt rem iudicatam fruſtra tranſigi: eſt auté lex iſta generalis, nec diſtinguit, vtrum pacto convento, an verò aquiliana ſtipulatione tranſactio ſit facta.

Nec refragantur quicquam verba *d. l. 32.* nam particula *Si* non conditionem, ſed cauſam & rationem denotat, vt idem ſignificet, quod QVIA, prout hæc particula in IVRE non rarò capitur, vt in *l. ſi is qui ff. de vſucap & vſurp. l. Pomponius. ff. de acquir. domin. l. 1. §. pen. ff. de verb. obligat. l. 4. pr. ff. de in lit. iur.* plura quæ ad propoſitum pertinent vide in *d. exercit. 1.*

Quocirca

Quocirca ex his conſtat, tranſactionem eſſe de re dubia ac lite incerta, needum finita, quandocunque tandem fuerit facta, ſiue nudo pacto, ſiue per Aquilianam ſtipulationem.

Hinc Autor noſter tranſactionem à pacto nudo ita diſcerni opinatur, quod illa ſit de re dubia; hoc verò non ſit re de dubia, ſed ſemper de re certa & indubitata: in quam ſententiam mouetur *l. 1. de tranſact.* In qua ICtus ait: *Qui tranſigit quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit qui verò paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit.*

Cui addi hæc ratio poteſt, quod gratuita litis remiſſio diſertè appelletur *donatio* in iure noſtro *l. 18. C. de donat. l. 2. §. 19. ff. eod. tit.* At donatio à pacto plurimum differt.

Quin & iſta ratione moueri videt̃ quod pactum nudum ſit omnis dationis aut facti expers, petitor autem, qui liti pacto renunciat, faciat aliquid: cum renunciare liti, eandemq; remittere, ſit facere.

Cæterum quominus Autori ſubſcribam moueor inprimis *l. 18. C. de tranſact.* vbi Interpp. *Tranſigere aiunt, & paciſci ſuper crimine capitali prohibitum non eſſe.* Ex quo clare pateſcit, ſuper lite incerta, criminis videlicet capitalis accuſatione, licere paciſci, itemq; pactionẽ de iiſdem fieri poſſe, de quib. & tranſactio celebrari poteſt: At hæc fieri ſolum poteſt de re dubia, ſequitur itaq; etiam pactum fieri poſſe de re dubia & lite incerta, & quod valeat pactio ne agatur de criminibus priuatis, aperte ICtus teſtatur in *l. 4. 5. & 6. ff. de his, qui not. infam.*

Sic valet pactum ne pro iudicati vel incenſarum ædium agatur *l. 7. §. 13. ff. de pact.* Item ne depoſiti agatur *§. 15. eod. l. 7.*

Quæ omnia atq; ſingula demonſtrant, pactum nudum ẽt de re dubia fieri poſſe, nec proinde perpetuam hanc eſſe differẽtiam pacti & tranſactionis, quod hęc ſit de re dubia, iſtud verò de re certa & indubitata. Quapropter iſta exiſtimo diſcerni tranſactionẽ à pacto, ꝙ tranſactio non ſolũ fiat de re incerta & lite nondum finita *l. 1. ff. de trãſact. & l. 2. C. eod. tit.* ſed etiam ꝙ fiat aliquo viciſſim dato, retento vel promiſſo *l. 38. C. de tranſact.* At pactum nudum, etſi, vt dictum eſt, fiat de re dubia, non tamen ſit aliquo dato vel retento, quia alioquin pactum non eſſet.

Hæc proinde duo tranſactionis neceſſaria & eſſentialia requiſita, ſimul iuncta, diſcernunt pactum nudum à tranſactione; alterutrum vero iſtorum ſolum differentiam inter pacta & tranſactiones non conſtituit.

Et hoc etiam velle videtur ICtus in *d. l. 1. ff. de tranſact.* dum ait, eum, qui tranſigit, de re dubia & incerta tranſigere: illum verò, qui paciſcitur, rem indubitatam gratuito remittere: quibus verbis duæ exprimuntur pacti notæ, quibus ſimul iunctis à tranſactione diſcernatur, quod nempe primò pactum fiat de re certa: ſecundo quod fiat gratis; ſed de his plura dixi in *dict. tract. de tranſact. cap. 1. q. 4.*

Lit. C. Qu. 3. De re iudicata quatenus liceat tranſigere?

Porro cum tranſactio ſit de re dubia & terminanda, ſequitur inde, quod de re iudicata & ſententia iudicis determinata, tranſactio fieri & celebrari nequeat, ſiquidem res iudicata certa eſt *l. 1. ff. de re iud.* Et re iudicata ita lis finitur ac terminatur, vt reſtaurari & rurſus in cõtrouerſiam reuocari nequeat *l. 2. C. de re iud.* Id quod etiam Impp. in *l. 32. C. de tranſact.* expreſſe fatentur, dum ſuper iudicato fruſtra trãſigi, nõ eſſe opinionis incertæ aiunt.

Sed & Vlpianus in *l. 23. §. 1. ff. de condict. indeb.* tranſactionẽ, de re iudicata factam, nullius momenti pronunciat.

Hoc tamen ita verum, ſi ſententia per appellationem non fuerit ſuſpenſa: alioquin ſi à ſententia appellatum fuerit, trãſactio locum habet; ita n. Vlpian. in *l. 7. pr. ff. de tranſact. Et poſt rẽ iudicatã trãſact. valet,*

quoque ſeſe res habet : nam pactum de re certa, quantocunque precio fieri poſſe, luculenter probat *l. 6. §. 3. ff. de his, qui not. infamia* Idemque relucet ex *l. 1. ff. de Calumn.* & *l. 8. ff. de iure fiſci.* vbi nominatim atque expreſſe in fiſci cauſis prohibetur cum delatoribus precio paciſci Ex quo ſequitur, quod aliis de cauſis, quam fiſci, pactio precio fieri poſſit. *arg. l. 12 pr. ff. de iudic.* Et quod pactum poſſit eſſe non gratuitum, pateſcit ex *l. 41. & 45. ff. de pact.* Nec refragatur quicquam *l 1. ff. de transact.* Nam ibi non de quouis agitur pacto, ſed de pacto donationis cauſa facto : diſtinctio ſiquidem non poſt verbum *paciſcitur*, ſed poſt verba *donationis cauſa* poni debet, quaſi ita ſcripſiſſet Iuriſconſultus : *Eum, qui donationis cauſa paciſcitur, liberalitate rē certam & indubitatam remittere.* Etenim ſine dubio propoſitū fuit ICto *in d. l. 1.* differentiam proponere non cuiuſuis pacti & tranſactionis, ſed tranſactionis & pacti duntaxat donationis cauſa initi : & quod hæc ſit admittenda interpretatio, probāt fundamenta paulo ſupra adducta, quibus liquidò probatum eſt, pactum quoddam etiam non gratuitum eſſe poſſe.

Prædicta igitur differētia tranſactionē diſcernit non à quouis pacto, ſed a pacto duntaxat gratuito, h. e. donatis cauſa inito.

Qu. 6. *An trāſactio ſit nudum pactū n?* Monet porro Autor noſter tranſactionem tunc eſſe pactum quando In nudi placiti finibus perſiſtit, atque de dando deque remittenda lite concipitur.

Equidem fateor, vt vltro profiteor, aliud eſſe cōuentionem de dando vt res dubia remittatur, aliud dationem, & aliud rurſus pactum de remittēda lite, aliud factum remittentis. Verum illud minime cōcedendum exiſtimo, quod ſtatuitur pactum illud de dando aliquo, vt à lite diſcedatur, eſſe tranſactionem : quod enim pactum iſtud *dabo vt à lite diſcedas*; item *diſcedam à lite, vt des*, non ſit tranſactio dicenda his rationibus probatur. 1. Quia omnis tranſactio litem finit, nec minorem autoritatem habet, quam res iudicata *l. non minorem. 20. C. de transact.* Atq; pactio hæc *dabo vt à lite diſcedas, diſcedam à lite vt des*, non finit litē, nec ipſo iure, nec ope exceptionis: non ipſo iure, quod certum eſt & expeditum, quandoquidē iſta demū tranſactio ipſo iure litem finit & actionem perimit, quæ fit vel p acceptionē ſimplicē, vel per Aquilianam ſtipulationem. Nec finit litem huiuſmodi pactio ope exceptionis, quia reus contra actorem, qui tranſactionis nomine nihil adhuc quicquā accepit, excipiens, replicatione repellitur *l. 28. C. de transact.* dolo quippe facit reus, cōuentionem pro ſe allegans, quam tamen ſua ex parte nondum compleuit *arg. l. Iulianus. 13. §. offerri. ff. de act. empt. l. Item quæro §. inter locatorem. ff. locati.*

Et vt fortaſſis reus, quandiu paratus eſt ea, de quibus, tranſactionis nomine dandis, conuenit, præſtare, poſſit actorem exceptione pacti remouere *l. 21. C. de pact.* quia tamen exceptio hæc tēporalis eſt & actorem ſolū ad tempus remouet, actionem vero non perimit, idcirco nec litem finire, nec pactum iſtud proprie tranſactio appellari poteſt.

Quod ſi vero poſtea reus pactum adimpleat & id, quod prius promiſerat, præſtet, tum lis quidem finita eſt, & tranſactio facta intelligitur, verum non ex eo tempore, quo pactio interpoſita fuit, ſed quo cōplementū ſubſecutum eſt *l. 45. ff. de pact.*

Cui rationi & iſta accedit, quod ex conuentione *dabo, vt à lite diſcedas* nulla naſcatur actio, id quod diſſentientes vltro largiuntur: atqui ex tranſactione ſemper naſcitur actio *l. 6. l. 33. C. de transact.* cum eius non minor ſit autoritas, quam rei iudicatæ *l. non minorem. C. de transact.* Vnde actio iudicati perpetuo naſcitur. Concludendū igitur ex his videtur, pactum iſtud, quo conuenit, vt aliquo dato à lite diſcedatur, non eſſe tranſactionem, ſed pactum potius de tranſigendo.

Hoc deniq; luculentiſſime probat *l. 28.*

C. de tranſact. vbi pactum hoc diſcedam à lite vt aliquid des, vel dabo aliquid vt à lite diſcedas, expreſſe opponitur tranſactioni per particulam *ſed* aduerſatiuam. Quæ oppoſitio ſatis arguit, quod pactum de tranſigendo, deque lite remittenda, non ſit tranſactio.

Lit.G. Qu. 7. An tranſactio ſit contractus nominatus, an vero innominatus?

Cum igitur conſtet tranſactionẽ ſemper eſſe contractum, quæritur porro, vtrum ſit contractus nominatus, an vero innominatus? Et innominatum eſſe contractum placet Autori noſtro, quæ ſententia communis & vera eſt. Nam ex tranſactione naſci præſcriptis verbis actionem *l. 6. & 33. C. de tranſact.* At quæ conuentio hanc actionem producit, illa eſt contractus innominatus *l. 1. l. 2. & l. 3. ff. de præſcript. verb.*

Confirmat eandem ſententiam & hæc ratio quod tranſactio in nomine ſui generis perſiſtat, nec in ſpecificum nomen tranſeat; quandoquidẽ tranſactionis nomen generale eſſe, nec ſoli huic conuentioni, qua de agimus, conuenire, ſupra in lumine huius theſis oſtendimus. Cui cõſequens eſt tranſactionem nõ eſſe nominatum ſed innominatũ contractũ. Quandoquidẽ iſte contractus dicitur innominatus, qui generis ſui nomen retinet nec ſpecificum ac proprium nomen aſſumit *l. 7. ff. de pact.* Et quamuis contraria opinio admodum ſpecioſis ac probabilib. rationibus nitatur, illis tamen à me ſatisfactum exiſtimo *in d tract. de tranſact. c. 1. exercit. 3.*

Lit.H. Qu. 8. An tranſactio ſit contractus?

Illud extra omnem controuerſiam poſitum eſt, quod tranſactio, mediante ſtipulatione facta, contractus ſit, & quidem nominatus contractus: id quod haut obſcure arguit *l. 6. & l. 15. C. de tranſact.*

Nec obeſt quod trãſactio ſit diſtractus *l. 10. & l. 6. C. de tranſact.* vt quæ litem finiat, actionem extinguat & obligationem diſtrahat, non minus atque ſententia, ſeu res iudicata. Contractus vero & diſtractus ita ſint contraria, vt de eodem prædicari non poſſint: obſeruandum quippe eſt, tranſactio ne duplicem habere effectum, & reſpectu illius duplicem ſortiri conſiderationem. Negotium ſiquidem prius litemque finit *l. 16. C. de tranſact.* Deinde reum actori obligat ad id quod tranſactionis nomine promiſit, præſtandum: ratione prioris conſideratur vt diſtractus, atque eo reſpectu cõtractui opponitur *in l. 1. §. 3. ff. de pact.* Reſpectu vero poſterioris tranſactio non opponitur contractui; ſed hinc inde contractus in iure dicitur. Quocirca cum diuerſo reſpectu dicatur contractus & diſtractus tranſactio, dici non poteſt de eodem ſubiecto contraria enunciari.

RESOLVTIO THESIS
Secunda.

Lit.A. Qu. 9. Quomodo fiat tranſactio?

TRanſactionem duplici fieri modo, pacto cõuẽto, aut acceptilatione, eaq; vel ſimplici, vel Aquiliana ſtipulatione, Autor eſt Vlpianus *in l. 2. ff. de tranſact.* vbi *Tranſactum*, ait, *accipere quis poteſt non ſolum ſi Aquiliana ſtipulatio fuerit ſubiecta, ſed etſi pactum conuentum fuerit factum.*

Pacto conuento tranſactio facta dicitur, quando, aliquo concepto, vel retento à lite quis recedere promiſit. Acceptilatione vero, cum quis, accepto aliquo, vel retento ita à lite diſcedit, vt obligationem accepto actori ferat, vel ſimplici acceptiolatione, vel Aquilana ſtipulatione: aut vt acceptilatione obligationem, nullo accepto, vel retento tolleret; ſed hac tamen conditione, vt viciſſim quid detur aut fiat.

Et huius tranſactionis, ꝑ acceptilationẽ vel Aquilianam ſtipulationem factæ, frequentiſſima eſt mentio in legibus noſtris vt *in l. 4. l. 15. l. 32. C. de tranſact.*

Nec parum intereſt, vtrum pacto conuento, an vero per acceptilationem ſit facta tranſactio, quoniam hoc caſu omnis agẽdi via præcluditur, extincta penitus ac ſublata actione ꝑ acceptilationẽ *d. l. 32. C. de tranſact.* At pacto conuento prior actio non plane perimitur, ſed ad eam elidendam

Digitized by Google

dendam ſolum exceptio pacti conuenti datur: vnde, tranſactione per acceptilationem facta, lis deciſa, amplius non poteſt inſtaurari, etiamſi alter tranſactioni non paruerit: at pacto conuento facta tranſactione, lis ſopita denuo reſtaurari poteſt, ſi alter tranſactioni non pareat: *l. 14. iunct. l. 32. C. de tranſact.* Donell. *ad l. 4. nu. 3. C. de tranſact.*

Sed vtrocunque modo fiat tranſactio, ſiue per pactum conuentum, ſiue per acceptilationem, ſemper neceſſum eſt pro litis remiſſione aliquid viciſſim dari aut præſtari, cum ſit pactio non gratuita *l. 1. ff. de tranſact.* id quod aperte cautum eſt *in l. 6. C. de tranſact.* in qua proponitur mater cum aduerſa parte ita tranſegiſſe, vt partẽ bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet. Et *in l. 38. C. de tranſact.* dicitur tranſactio, nullo dato, vel retento, vel promiſſo, minime procedere.

Qu. 10. *An ſcriptura ad tranſactionem requiratur?*

Ad formam porro tranſactionis minime ſcriptura deſideratur: nam ſic Impp. Dioclet. & Maxim. *in l. 28. C. de tranſact. Siue apud acta*; inquiunt, *rectoris prouintiæ, ſiue ſine actis, ſcriptura intercedente vel non, tranſactio interpoſita eſt, hanc ſeruari conuenit.* Et *in l. 17. C. de fid. inſtrum.* Iuſtin. aperte teſtatur, ad perfectionem tranſactionis ſcripturam non requiri. *Contractus ait venditionum vel permutationum, vel donationum, quas inſinuari non eſt neceſſarium; dationis etiam arrarũ, vel alterius cuiuſcunq; cauſæ, quas tamen in ſcriptis fieri placuit: tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi conuenit, non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mundum recepta ſubſcriptionibusque partium confirmata ſint &c.* Quibus verbis ſignificatur, quod ad tranſactiones, cæteroſque contractus non exigatur ſcriptura, niſi ita placuerit, contrahentibus & tranſigentibus vt contractus tranſactione in ſcripturam redigeretur: nam hoc ſolum caſu ita neceſſariã eſſe ſcripturam ad contractum vel tranſactionem vt validi non cenſeantur priuſquam ſcriptura ſiue inſtrumentum, perfectum omnibusq; partib. abſolutũ fuerit: cum pacta ſoleant cõtractib. atq; negotiis, quib. apponũtur formã dare *l. 7. §. 5. ff. de pa.*

Qu. 11. *An tranſactio noctu celebrari poſſit?*

Inſuper ad formam tranſactionis nihil intereſt, vtrum interdiu, an vero noctu celebretur, hoc diſerte expreſſum eſt *in l. 20. C. de tranſact.* dum ita ibi reſcribitur: *Nec enim ad reſcindendum pactum ſufficit quod hoc ſecunda hora noctis interceſſiſſe proponis, cum nullum tempus ſanæ mentis maioris viginti quinque annis conſenſum repudiet.*

Qu. 12. *An tranſactioni noctu celebratæ adhibenda ſint lumina?*

Sed vtrum adhibenda ſint lumina, ita vt iis non adhibitis, tranſactio ſit inutilis? ſatis expeditum non videtur? Non valere tranſactionem, ſtatuit Accurſius, motus textu *l. 1. §. 10. ff. de ventr. inſpic.* vbi Vlpianus in conclaui, in quo mulier quæ prægnans dicitur, vult tria ad minimum luminaria adhiberi.

Sed male ex eo textu colligit Accurſius, lumina quoque in tranſactione, noctu celebrata, neceſſario eſſe adhibẽda, ſic, vt inutilis ſit tranſactio, ſi illa non fuerint adhibita: nam cur *in d. §. 10.* adhibenda ſint lumina, rationem exponit Vlpianus, hanc videlicet, ne in tenebris alienus partus ſubiiciatur vel ſupponatur, cum ad huiuſmodi fraudem tenebræ ſint aptiores: quæ ratio in tranſactione deficit, vt quæ ſine vlla fraude celebrari poſſit, etiam in tenebris. Quod ſi tamen res, de qua tranſigitur, talis ſit, vt in ea ex luminum defectu fraus adhiberi poſſit, tunc ad tranſactionẽ quoq; lumina eſſe neceſſaria, recte ſtatuit Autor noſter.

Qu. 13. *An tranſactio poſſit die feſto celebrari?*

Adeo etiam ad tranſactionem non requiritur certum tẽpus vt die quoq; feſto ea celebrari queat, quod ſancitum eſt *in l. fin. C. de trãſact.* vbi die dominica pactiones conferre, tranſactiones loqui Chriſtiani iubentur. Illa ſiquidem negotia ſolũ peragi dieb. feriatis prohibentur, quæ ad ſtrepitum iudicii ſpectant, h. e. qui ſunt actus iudiciarii, tranſactio vero adeo non pertinet ad iudicium, vt etiam iudicium finiat, liteſque ac controuerſias terminet.

Cum

Digitized by Google

Cum vere ad lites ſopiendas, controuerſias finiendas ac terminandas ſpectet tranſactio; hoc autem ſit Chriſtianis hominibus maxime dignũ & charitati Chriſtianæ conueniens, idcirco tranſactionem die ét dominica celebrari poſſe merito receptum eſt. Iurato deniq; &, pœna adiecta, fieri poſſe tranſactionem indubitatũ eſt, atq; euidenter probant textus ab Authore adducti, de iurata tranſactione eſt *l. 41. C. de tranſact.* de tranſactione quæ pœnam habet adiectam eſt *l. 15. 16. ff. hoc tit. l. 17. & 40. eod.*

Lit. B. Poſtquam expoſitum eſt quænam ſit forma tranſactionis, explicandum porro ſequitur, quinam tranſigere poſſint, vel non poſſint. De his vero hanc regulã tradit Autor noſter, *quod illis tranſigere liceat, quibus paciſci permittitur* per textum *in lib. 1. tit. 1. §. 1. ſentent. recept. Pauli.* Qui textus, etſi hanc regulam expreſſis verbis non contineat, nec de perſonis tranſigentib. ſed de rebus, ſuper quibus tranſigere liceat, ſit conceptus; nullus tamen dubito, quin veriſſimum ſit axioma, quod illis tranſigere permittatur, quibus paciſci conceditur: plus ſiquidem eſt paciſci de re liquida eandemque pacto remittere, quam de re non liquida, litigioſa & dubia tranſigere *arg. l. 1. ff. de tranſact. l. 12. C. de tranſact.* Atqui cui licet quod plus eſt, ei non denegatur quod minus eſt *l. non debet de R. Iur.* Quanquam non viceuerſa qui tranſigere poteſt eidem quoque paciſci permittitur, vt in ſequentibus oſtendetur.

Qu. 14. An corpore æger poſſit tranſigere? Qui porro paciſci poſſint, oſtenſum eſt ſupra *in diſput. præcedenti de pact.* Nullum vero dubium eſt, quin corpore æger, modo ſana fuerit mente, recte tranſigat; id quod perſpicue teſtantur Impp. *in l. 27. Codic. de tranſact.* vbi in hæc verba reſcribunt: *Sanum mente, licet ægrum corpore, recte tranſigere manifeſtum eſt; nec poſtulare debueras improbo deſiderio placita reſcindi valetudinis corporis aduerſæ velamento: in his quippe quæ mutuo geruntur conſenſu, qualis tranſactio quoque eſt, aliis quia ea gerunt, integritas ſolum mentis, non corporis ſanitas requirenda eſt l. 2. Digeſt. qui teſtam. fac. poſſunt.* mente quippe & animo conſentimus, non corpore: ſane ſi mens inualitudine corporis infecta eſt, vt quandoque accidit, locum id habet quod Vlpianus ſcribit, conſentire non poſſe, qui ſentire non poteſt *l. ſi tibi. 8. ff. de opt. legat.*

Mutos, ſurdos, itemque abſentes, paciſci poſſe demonſtratum quoque eſt *in diſput. præcedent. de pactis*, idq; haut obſcure docet Paulus *in l. 2. ff. de pact.* Igitur & hos tranſigere poſſe conſequens eſt: ſed cum duplex ſit tranſactio, ſimplex, & quæ per acceptilationem atque Aquilianam ſtipulationem fit *l. 2. Digeſt. de tranſact.* Idcirco commode monet Autor noſter, id quod dictum eſt, mutos, ſurdos & abſentes tranſigere poſſe, de ea accipiendum eſſe tranſactione, quæ nudo fit pacto, non vero quæ fit per Aquilianam ſtipulationem vel acceptilationem, ſtipulari ſiquidem abſentes ſurdi & mutui prohibentur *in l. 1. ff. de verb. Obligat.* *Qu. 15. An mutus & ſurdus poſſint tranſigere?*

Pupillum quoque abſque tutoris authoritate tranſigere poſſe, aſſerit Autor, ſed ita, ſi aperte rem ſuam meliorem faciat, & infante ſit maior. Sed hæc aſſertio mihi valde ſuſpecta eſt, tranſactio quippe de re duntaxat incerta, dubia & litigioſa fieri poteſt, *l. 1. ff. de tranſact. l. l. Codic. eod. tit.* Igitur conſtare non poteſt, anne pupillus tranſigens aperte ſuam conditionem meliorem reddat: hoc enim ſi conſtaret, certum vtique foret, anne res, ſuper qua tranſigitur, ad pupillum ſpectet, an minus. Atque huc referendum eſſe illud opinor, quod Iuſtinianus de hereditate ſcribit, quod eam adire non poſſit pupillus abſq; tutoris authoritate, quãuis ei lucroſa ſit, *tit. I. de auth. tutor.* *Qu. 16. An pupillus ſine tutore poſſit tranſigere?*

Quocirca ſic potius ſtatuendum cenſeo, pupillum, etiam infante maiorem nõ poſſe tranſigere ſine tutoris authoritate, ſed ſi tranſegerit, & ſuam conditionem ex tranſa-

Digitized by Google

tranſactione meliorem reddiderit, obligari eum ad tráſactioné ſeruandam: *l. 5. ff. de auctor. tut.* Diuerſa quippe hæc sũt, pupillũ tranſigere poſſe ſine tutoris autoritate, & pupillũ tranſigenté obligari: prius illud ſimpliciter & indiſtincte negatur, poſterius vero hac conditione cóceditur ſi ſuam conditionem meliorem faciat.

Sic enim hereditatem adire non poteſt pupillus ſine tutore; ſed tamen, ſi de facto adierit, & exinde locupletior effectus ſit, valet aditio & rata habetur.

Quatenus porro paciſci liceat pupillo itemque adulto minori viginti quinq; annis, ex iis liquere puto, quæ tradita fuerunt ſupra *diſp. præced de pact. theſi 5.*

Qu. 17. *An minor ſine curatore ſuo poſſit tranſigere?* Quod de minore hoc loco aſſerit Treutlerus noſter, quod videlicet ſine conſéſu curatoris ſui tráſigere valeat ex *l. 101. ff. de Verb. Oblig.* id minime admittédum ſupra in citato loco perſpicue oſtendimus; etenim quod minoris cótractus ſine curatore ſuo, quem habet tempore contractus, nó ſubſiſtat, ſed ipſo iure nullus ſit, haut obſcure patet ex *l. 3. C. de reſtitut. in integr. minor.* vnde etiam quod hic ſubiicitur, minorem ex tráſactione huiuſmodi, ſine curatoris conſenſu inita, læſum in integrum reſtitui, verum non eſſe, plane mihi perſuaſum habeo; ita quippe contractus ab illo, ſine curatore initus, improbatur, vt dicatur non eſſe ſeruandus, exemplo contractus prodigi, cuius contractum conſtat ita inualidum eſſe, vt nulla penitus reſciſſione, vel reſtitutione indigeat. Accedit quod ibidem opponatur contractus, à minore curatorem non habente initus, ei contractui, qui initus eſt à minore curatore deſtituto, atque de hoc dicatur quod per in integrũ reſtitutionem reſcindatur; vnde ſequitur, vt cóſiſtat oppoſitio iſta, quod contractus initus à minore, qui curatorem habuit, atq; ſine eius conſenſu contraxit, ipſo iure ſit nullus, nec demum per in integrum reſtitutionem reſcindatur. Hinc quoque tranſactionem iuratam in integrum reſtitutione, qua reſcindatur, plane non indigere verius eſt. Id ſiquidem quod ipſo iure nullum eſt, iureiurando non poteſt confirmari *leg. 5. C. de legib.* vbi pro regula traditur, quod actus, contra leges ciuiles geſtus, ipſo iure inualidus ſit, atque pro infecto habeatur, quantumuis iuſiurandum contractui acceſſerit, confirmandi illius cauſa, & ratio huius perſpicua eſt, quod videlicet iuſiurandum non debeat eſſe vinculum iniquitatis, ſed comitem ſecum habere debeat iuſtitiam; qua ſane deſtituitur contractus contra legum prohibitionem à minore initus; ſed de hoc memini quoque in præcedenti diſputatione prolixe actum fuiſſe.

Equidem non obſtant *Authent. Sacramẽta puberum*, & *l. 1. C. ſi aduerſus vendit.* nam illi duo textus accipiẽdi ſunt de cótractu valido, inito à minore viginti quinque annis, qui vel curatorem nó habuit, vel qui habuit, ſed conſenſum eius non adhibuit.

Porro tranſigere licet non tãtum ſuo, ſed alieno etiam nomine, veluti procuratorio. Sed vt hoc caſu tranſactio ſit valida, requiritur vt ſpeciale habeat mandatum de tranſigendo: hoc quippe deſiderat Pontifex in *cap. 4. de procurat. in ſext.* dum ita ſcribit: *Procurator quoque abſque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt.* Idemque in *leg. 17. §. fin. de iureiur.* Paulus ſcribit. *Lit. C.* Qu. 18. *Quando procuratorio nomine tranſigatur?*

Cæterum, etſi vniuerſorum bonorũ procurator ſit, non tamen tranſigere poteſt, præterquam ſi libera ipſi omniũ bonorũ adminiſtratio ſit permiſſa; quod etiam Pontifex in *d. cap. 4.* perſpicue ſcribit: *Procurator*, inquiens, *abſque ſpeciali mandatu iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorũ vel cauſæ adminiſtratio libere ſit conceſſa.*

Inſuper quod procurator ſine libera

 tranſi-

tranſigere non poſſit, euidenter probat *l. 60. ff. de procurator.* vbi Paulus *mãdato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam; & ideo ſi poſtea is, qui mandauit, tranſactionem ratam non habuit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.*

Et ratio huius obſcura non eſt, hæc ſcilicet, quod tranſactio ſpecies ſit alienationis *leg. 4. C. de reb. minor. non alienand.* alienare vero procurator vniuerſorum bonorum non poteſt *leg. 63. ff. de procurator.* non igitur tranſigere valet.

Aliam vero eſſe rationem procuratoris vniuerſorum bonorum cum libera, probat non ſolum *d. cap. 4. de procurat. in ſext.* ſed idem quoq; euincit quod huiuſmodi procurator paciſci poſſit ſine ſpeciali mandatu *leg. 11. & 12. ff. de pact.* qui autem paciſci poteſt, is multo magis tranſigere valet, vt paulo ſupra diximus.

Eodemque pertinet quod procurator habens mandatum cum libera, poſſit iuramentum deferre litis deciſorium *leg. 17. § fin. de iureiur.* quod tranſactionis ſpeciem continet *l. 2. & l. 31. ff. de iureiur.* ex quo ſequitur quod tranſigere quoque valeat.

Et quod poteſtas tranſigendi competat illi, qui mandatum cum libera habet, omnium euidentiſſime probat *l. 60. §. Lucius ff. mandati.* Quo in loco formulã proponit Ictus mandati cum libera & quidnam eo contineatur mandatu, exponit; & haut diſſimulat, eum, cui tale ſit mandatum, poſſe de bonis, ſuæ adminiſtrationi commiſſis, diſponere & quiduis operari, quod domino permittitur.

Et ſane cum talis procurator res domini liquidas minimeq; controuerſas, citra ſpeciale mandatum, alienare valeat; vt oſtendunt *l. 9. §. 4. ff. de acquir. dom. §. Nihil. Inſtit. de Rer. diuiſ. l. 58. & 59. ff. de procurat. leg. 60. ff. mandati.* Quæ ratio eſſet quod poſſet tranſigere ſine ſpeciali mandatu; cum longe plus ſit alienare rem liquidam, quam de re illiquida & controuerſa tranſigere?

Et quanquam non deſint textus, quibus ſignificari videtur quod procuratori vniuerſorum bonorũ generaliter & indiſtincte, ſiue liberam habuerit adminiſtrationem, ſiue non habuerit, alienatione bonorum & tranſactione interdicatur vt *leg. 63. ff. de procurat. l. 7. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign.* illi tamen, ſi cum textibus, prius citatis, conferantur, de aliis non poſſunt intelligi procuratoribus niſi qui liberam non habuerint.

Equidem procuratori Cæſaris interdictum eſt tranſactionẽ *l. 19. ff. de tranſact. leg. 1. §. 1. ff. de offic. procurat. Cæſar.* verum ex eo male infertur quod conſimiliter procuratori cum libera, priuati alicuius, iure tranſigendi ſit interdictum: tum quia procurator Cæſaris liberam adminiſtrationem bonorum non habet *leg. 13. ff. de tranſact.* tum quia adminiſtratione ſimplici ea non continentur, quæ ſpeciale requirunt mandatum, qualis eſt etiam tranſactio, itemque iuramẽtum & alienatio bonorum: tum quia Imperatores facultatem tranſigendi procuratoribus ſuis expreſſe & nominatim ademerint, cõſequẽs eſſe videtur, eam procuratoribus priuatorum, quibus ea adempta non reperitur, relictã eſſe. Sed vide de tranſactione procuratorum, quæ ſcripſi in *tract. de tranſact. c. 2 q. 1. & 2.*

Illud certum eſt, procuratorem, qui limitatum habet & ad vnam aliquam cauſam reſtrictum mandatum, non habere facultatem tranſigendi, & ſi tranſegerit, tranſactionem non tenere dominum; confirmat hoc diſertis verbis Imperator Alexander in *l. 10. C. de procurat. Si datũ procurator,* inquiens, *ad vnam ſpeciem cõſtitutus officium mãdati egreſſus eſt, id quod geſſit, nullum domino præiudicium facere potuit.*

Qu. 19. *An procurator reſtrictũ & limitatũ habẽs mãdatũ poſſit tranſigere?*

Rationem huius hîc in adducta *leg. 10.* indicat Alexander, quod officium ac limites mandati procurator excedere non debeat,

beat,

beat, quodq; hactenus, quaten' exceſſit, nihil domino prçiudicetur. idq; eſt quod Paulus ſcribit in *l. 5. pr. ff. mandati.* diligẽter fines mandati cuſtodiẽdos eſſe, quia qui illos exceſſerit, aliud quid facere videatur.

Hinc igitur, qui ſpecialiter ad hoc cõſtitutus, vt in arbitrium compromitteret tranſigere non poteſt cum habeat reſtrictum & limitatum mandatum cuius terminos ac limites excederet, ſi cũ aduerſario domini tranſigeret; maxime cum tranſactio ſpeciale deſideret mandatum, *c. 4. de procurat. in ſext.* vt quæ cum magno domini præiudicio coniuncta ſit.

Quo pertinere videtur *l. 7. C. de trãſact.* tranſactionis placitum ab eo interpoſitũ cui cauſæ actionem, non deciſionem litis mandaſti, nihil petitioni tuæ derogauit.

Qu. 10. *An procurator Cæſaris poſſit tranſigere?*

Conſimiliter tranſigere prohibetur procurator Cæſaris in *l. 13. ff. de tranſact.* vbi Æmylius Macer ita ſcribit: *Nulli procuratorum principis, inconſulto principe, tranſigere licet.* cui conſentit Vlpianus in *l. 1. §. 1. ff. de offic. procurat. Cæſar. Denique*, inquiẽs, *ſi venditionis, donationis vel tranſactionis cauſa quid agat, nihil agit: non enim alienare in rem Cæſaris, ſed diligenter gerere commiſſum eſt.* At hoc in fauorem ſingularem Fiſci Cæſariſque receptum eſt, ne videlicet Cæſaris res, ſub prætextu tranſactionis, vel cuiuſcunque alienationis, ei interuertantur.

Et quanquam Autor noſter hactenus permittat procuratori Cæſaris trãſigere, quatenus rem Cęſaris non alienat, ſed eã conſeruat & retinet: quia tamẽ adductus textus *d. l. 12.* generalis eſt, atque ſine vlla diſtinctione loquitur, idcirco diſtinguẽdum non puto: cum præſertim trãſactio fieri non poſſit, niſi aliud viciſſim detur aut promittatur *l. 38. C. de tranſact.* proinde, quamuis procurator Cæſaris rem cõtrouerſam tranſigẽdo retineret, viciſſim tamen de Cæſaris bonis aduerſario, trãſactionis nomine, dare quippiam cogeretur, adeoque tranſigere non poteſt, niſi de bonis Cæſaris aliquid alienando.

Qu. 21. *An Prælatus Eccleſia poſſit tranſigere?*

De Prælato Eccleſiæ idem plane ſtatuendum exiſtimo: etenim in *c. 2. extr. de tus Eccle. donat.* dicitur, quemlibet Prælatum Eccleſiaſticarum rerum eſſe procuratorem & non dominum; atqui procuratorem non poſſe tranſigendo nocere, aut præiudicare domino, niſi ſpeciale ab eo mãdatum habuerit, aut libera ipſi adminiſtratio commiſſa fuerit, patet ex prædictis & diſerte ſcribit Pontifex in *d. cap. 4. de procurat. in ſext.* igitur non poterit trãſigere Prælatus in prçiudicium Eccleſiæ. Quod vero non ſit procurator cum libera adminiſtrandi facultate cõſtitutus, relucet quoque ex eo, quod ius alienandi non habet bona Eccleſiæ *d. c. 2. de donat.* atqui procuratorem cum libera poſſe alienare, ex ſupradictis abunde liquet.

Atque hanc quoque ſententiam mirifice cõfirmat quod in *eod. c. 2. de donat.* ſcribitur; *Prælatum Eccleſia conditionem Eccleſia meliorem facere poſſe, non vero deteriorem.* Ex quo ſequitur quod cum tranſactio talis ſit actus, quo conditio eius, cuius nomine tranſigitur, deterior effici poteſt, ideo eam à Prælato Eccleſiæ minime fieri poſſit.

Pro qua ſententia etiam facit, quod, etſi manumiſſio ſit admodum fauorabilis, ita vt in eius fauorem multa ſint à veteribus legumlatoribus contra regulas iuris communis ſcripta & conſtituta, nõ tamen à prælato in Eccleſiæ præiudiciũ fieri queat *cap. 4. de reb. Eccleſ. non alien.* Igitur non poterit prælatus in Eccleſiæ prçiudicium tranſigere; præſertim cum in *eod. c. 4.* ſubiiciatur, *Impium eſſe, vt qui res ſuas Eccleſia non detulerit, damnum inferat*; atqui per tranſactionem Eccleſiæ facilime damnum inferri poſſet, quare niſi conſenſum habuerit prælatus Eccleſiæ aut ſpeciale & expreſſum de tranſigendo mandatum, non poterit tranſigere.

Qu. 22. *An Syn-*

Alia ratio eſt Syndici: hunc enim quam-

dicus poſſit tranſigere? quamuis ambitioſe rem ciuitati liquidã & certam non poſſit remittere; de re tamen ciuitatis controuerſa & non liquida tranſigere poſſe iuris eſt certiſſimi.

Nam ita Valerianus & Salienus Imperatores in *l.12.C.de tranſact.* reſcribunt: *Præſes prouinciæ æſtimabit vtrum de dubia lite tranſactio inter te & ciuitatis tuæ adminiſtratores facta ſit, an malitioſe id quod indubitate deberi poßit, remiſſum ſit: nam priore caſu ratam tranſactionem manere iubebit: poſteriori vero caſu nocere ciuitati gratiam non ſinet.*

Atque huc etiam facere videtur *l.14.ff. de pact.* vbi pactum magiſtri ſocietatum dicitur ſocietati prodeſſe & obeſſe.

Ratio autem hæc eſſe videtur, quod Syndici & Reipublicę adminiſtratores, ex communi Doctoris ſententia, mandatum videantur habere cum libera Bald. Fulgoſius, Alciatus & Donellus in *d l.12.* Andr. Gailius *2.obſ.72.n.11* At qui mandatum cum libera habent, eos recte atque ſpeciali mandatu tranſigere, poſſe explorati iuris eſſe videtur per ea quæ ſupra tradidimus de procuratore cum libera.

Neque huc referri debet quod Vlpianus in *l.34.ff.de iureiur.* ſcribit defenſores municipum, vel cuiuſuis alterius corporis, non poſſe ſine ſpeciali mãdatu deferre iuſiurandum litis deciſorium: quãdoquidem diuerſiſſima eſt ratio defenſorũ & adminiſtratorum ciuitatum. Illi ſiquidem, cum ad defendendũ conſtituti sũt, non poſſunt iuſiurandum litis decidẽdæ cauſa aduerſario deferre: quandoquidem diuerſa hæc ſunt defendere, & iuſiurandum litis deciſorium in iudicio deferre.

Vt taceam quod plus ſit deferre iuſiurandum litis deciſorium, quam tranſigere, quoniam qui tranſigit, aliquid pro lite remiſſa viciſſim accipit: at qui iuſiurandum litis deciſorium aduerſario defert is, iurante aduerſario, cauſam perdit, nec quicquam viciſſim accipit.

Neque in contrariam ſententiã quenquam mouere debet quod adminiſtrare ſiue recte gerere & tranſigere ſint oppoſita, ſic vt cui prius demandatum eſt, eidem poſterius hoc ſit prohibitum *l.1.§.1. ff. de offic.procur. Cæſar.*

Reſp. Nam iſta duo, recte gerere & tranſigere, opponuntur ſibi in procuratore duntaxat Cæſaris, extra eum vero nõ eſſe oppoſita, ſed adminiſtrationem, liberam ſcilicet, ſub ſe tranſactionẽ quoque comprehendere, rationem vero huius reddidi in *tract. de tranſact.c.2.q.3.* vbi etiam ad reliqua, quæ ſententiæ noſtræ obſtare videntur, reſpondi.

Lit. R. Tutores & curatores nõ poſſe res pupilli vel adulti donare, nec donandi cauſa per pactũ gratis remittere, nec quicquã de rebus iſtis alienare ſine decreto magiſtratus, cautum eſt Imperatorum conſtitutionibus in *l.22. C.de admin. tut.* cum ſimilibus ab Autore noſtro allegatis, & hoc dubium plane nullum habet.

Qu.23. *An tutores vel curatores nomine pupillorũ vel adultorũ poſſint trãſigere?* Sed anne de re pupilli vel adulti dubia & cõtrouerſa poſſint tranſigere, non eſt expeditum? mihi tamen verius eſſe videtur quod abſque decreto curatoribus & tutoribus de rebus minorum tranſigere liceat ſic etiam, vt remittant rem controuerſam, aliquo viciſſim accepto. Tum quia domini loco in rebus pupillorum & minorum eſſe dicuntur *l.56.§.4.ff. de furt. l.7.§.3.ff.pro empt.* tum quia ſine decreto iuſiurandum litis deciſorium debitori pupilli vel adulti deferre poſſunt *leg.35.pr.ff. de iureiur.* atqui iuſiurandum vim eandem habet, quam tranſactio *leg. 31 de iureiur. leg.21.ff. de dolo.* & cum maiori præiudicio pupillorum coniuncta eſt delatio iuriſiurãdi litis deciſorij, quã tranſactio, vt paulo ante oſtenſum eſt: tum quia in legibus expreſſe ſcribitur, quod tutor, pupilli nomine, tranſigere poſſit *leg.54.§.final. l.56.§.4.ff. de furt.*

Quam ſententiam non euertit quod alienatione ſit interdictum tutoribus & curatoribus, ſi decretum magiſtratus

non

non interuenerit. Tranſactio autem ſit quædam ſpecies alienationis.

Sciendum quippe eſt quod illa ſolum alienatione ſit interdictum tutoribus & curatoribus, quæ ad rem perdendam ac diminuendam, non vero quæ ad eandem conſeruandam pertineat. Atqui tranſactio ſpectat non ad rem perdendam, ſed conſeruandam: quoniam tranſigere eſt de re dubia ac lite incerta tranſigere *l.1.ff. de tranſact.* atqui non poteſt negari conſultius eſſe & vtilius litem incertam tranſactione remittere, vt ex eo viciſſim quid habeas, quam temere litigando incertum litis ſubire, vbi fieri poſſit vt litem amittas ac cauſa cadas: inſuper tranſactio, proprie loquendo, non eſt alienatio, cum alienare ſit rem ſuam alienam facere & in alium transferre: atqui hoc de tranſactione certo aſſeri non poteſt quod rem, ſuper qua tranſigitur, alienam facit & in eum, cui relinquitur, transferat, quia plane incertum eſt, vtrum res, ſuper qua tranſigitur, eius fuerit, qui aliquo accepto, eam aduerſario reliquit, anne ſit eius cui relinquitur, ſed vide quæ ſcripſi de hac controuerſia in *d. tract. c. 2. q. 4.* quo in loco eam diligenter explicui. Cum igitur tranſigere ſuper re dubia & litigioſa poſſit tutor nomine pupilli, vel curator nomine minoris, ſequitur quod minor autore curatore pacem cum aduerſario facere poſſit, ſed vtrum abſq; iudicis decreto? Et vtrum aduerſus pœnā, tali tranſactioni adiectam, pace per minorē rupta, minor reſtituendus ſit, dicetur infra *diſp. 11. theſi 9. lit. A.*

Resolvtio Thesis *Tertiæ.*

Lit. A. Pater de rebus filij ſui emancipati, ſine ipſius conſenſu vel mandatu tranſigere non poſſe, expeditum eſt, Emancipati enim filij extraneorum loco habentur §. 3. *Inſtit. de hered. qualit. & diff. l. 55. ff. de rit. nupt.* quocirca ſicut nemo poteſt de rebus extranei tranſigere ſine eius mandatu *l. 3. ff. de tranſact. l. 27. §. 4. ff. de pact.* ita quoque pater non poterit de rebus filij emancipati tranſigere & tranſigendo ei præiudicare.

Atque hoc diſerte ſcripſit Vlpianus Ictus in *l. 10. ff. de tranſact.* de re filiorum, quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minime eis obeſſe placet.

Sed numquid pater de rebus filij, quem in poteſtate habet tranſigere valeat, quæri ſolet? *Qu. 24. An pater de rebus filijfa. trāſigere poſſit?*

Et quidem quod ad Caſtrenſia & quaſi-Caſtrenſia bona attinet, dubitandum non eſt, quin de illis pater, ſine filij mandatu, non poſſit tranſigere. Siquidem quoad hæc bona, filiusfam. pro patrefam. habetur *l. 2. ff. ad SC. Macedon.* illorumque plenam & liberrimam habet adminiſtrationem *l. 15. in fine. ff. de Caſtrenſi peculio.* Vt proinde & hic patris tranſactio non magis præiudicet filio, atque extranei cuiuſuis tranſactio *dict. l. 3. princ. ff. de tranſact.*

Idemque ſtatuendum puto de bonis aduentitijs, quæ plena proprietate acquiruntur filio: quoniam in his quoque rebus filiusfam. habetur, nec quicquam iuris pater ſibi vindicare poteſt *Nou. 117. cap. 1.*

Cæterum de iſtis bonis aduentitijs, quorum vſusfructus ad patrem ſpectat anne pater ſine conſenſu filij poſſit tranſigere atque tranſigendo ei præiudicare non conſtat inter Interpp. iuris noſtri, nam Cuiac. in *l. 10. ff. de tranſact.* Iul. Pacius *lib. 2. tit. 4. c. 4. Method. ciuil.* Pinell. *in l. 1. num. 21. & 44. Cod. de bonis quæ lib.* negant, præterea poſſe de filij bonis aduentitijs ſine ſpeciali mandatu tranſigere; atque huic ſententiæ ſubſcribit quoque Autor noſter; ſed contraria Affirmantium ſententia ſemper mihi verior viſa

eſt, tum quia ſi pater de filij ſui, quem in poteſtate habet, bonis aduentitijs tranſigere non poſſet, fruſtra ſane atque inepte Ictus in *d.l.10. ff. de tranſact.* in ſpecie atque nominatim de bonis filij emancipati tranſactione patri interdixiſſet: quinimo cum ipſe ſcribit; de re filiorum, quos in poteſtate non habuit, tranſigentem patrem minime eis obeſſe placet, recte exinde colligitur argumento à contrario ſenſu, quod in iure fortiſſimum eſſe dicitur in *l.1. ff. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.* patrem de rebus filij, quem in poteſtate habet, tranſigere poſſe. *argum. l.12. princ. ff. de iudic.* tum quia patri, ex iuſta cauſa, conceditur res aduentitias alienare *l. 8. §. ſin autem as alien. verſic. ſin autem non habeat C. de bonis quæ lib.* plus autem eſt alienare, quam tranſigere *l. 12. C. de tranſact.* tum denique quia pater eſt legitimus adminiſtrator bonorum aduentitiorum filijfam. & non ſolum eorum bonorum adminiſtrationem habet, ſed etiam in illis vſumfructum obtinet. Nec mouet ratio Autoris in contrarium adducta, quod videlicet vſufructuario non ſit concedenda poteſtas interuertendi proprietatem proprietario *l.8. §.4. C. de bonis quæ lib.* pater vero ſit vſufructuarius bonorum filij aduentitiorum *§.4. Inſt. per quas perſon. nobis acquir.* primo enim animaduertendum eſt tranſactionem non ſpectare ad rem perdendam & deteriorandam, ſed potius ad conſeruandam eam, quæ peritura alioquin eſſet. Tranſactio quippe eſt de re dubia & lite incerta *l.1. ff. de tranſact. l.2. C. eod. titu.* nec procedit tranſactio, niſi aliquo viciſſim dato *l. 38. eodem.* At negari non poteſt quin ſit melius & conſultius litem incertam tranſactione remittere, & pro iſta remiſſione aliquid accipere, quam rem totam perdere.

Inſuper quod dicitur in *d. l.8. §.4. verſ. hoc procul dubio* id de proprietate rei certæ & non litigioſæ accipiendum eſt, de ea videlicet re, quam certo conſtat eſſe filij; in hac fortaſſis pater ſua pactione & conuentione præiudicare filio nequit. Vt taceam quod diuerſiſſima ſit ratio patris in rebus aduentitijs filijfam. & cæterorum vſufructuariorum; quoniam patri in rebus aduentitijs filijfam. plus licet, quam alijs vſufructuarijs in re fructuaria: quandoquidem pater in caſu neceſſitatis, in quo duntaxat tranſactionem admittimus, licentiam habet alienare proprietatem, quæ poteſtas alij vſufructuario nullibi conceditur: quocirca mirum non eſt, ſi patri de re fructuaria tranſigere licet, reliquis vero fructuarijs id non concedatur. Quin etiam præter vſumfructum habet pater adminiſtrationem legitimam bonorum aduentitiorum *dict. l. 8. C. de bonis quæ lib.* adeoque non eſt nudus duntaxat bonorum iſtorum vſufructuarius, ſed eorundem quoque adminiſtrator legitimus.

Equidem Autori noſtro libenter & vltro largimur, quod extra eas cauſas, quibus patri res aduentitias alienare permittitur, tranſactio non ſit licita, ſicut & illud facile concedimus, quod alienatione prædictorum bonorum voluntaria ſit patri interdictum: vnde etiam non, niſi neceſſitate vrgente, de bonis aduentitijs patri tranſigere conceditur; verum Cuiacius & alij, qui ipſum ſequuntur, id non admittunt, ſed hiſce quoque caſibus tranſactionem patri licitam eſſe negant. *Lit. B.*

Pari modo de dote, filiæ nomine petenda, pater non aliter poteſt tranſigere, quam filia permittente & conſentiente, cum dos ſit proprium filiæ patrimonium *l.3. ff. de minorib.* atque hoc diſerte ſcripſit Vlpianus in *l.2. §.1. ff. ſolut. matrim. Denique,* inquiens, *pater non aliter, quam ex voluntate filiæ petere dotem, nec per ſe, nec per procuratorem debet.* *Lit. C.* Queſt. 25 *An pater de dote, filiæ nomine petēda poſſit tranſigere?*

Quid

Quid ergo ſi filia ſit furioſa, vt conſentire ſuumque aſſenſum patri accommodare nequeat, pro conſentiente habebitur, benigna iuris interpretatione, quoniam alias ipſi commode conſuli non poſſet: ipſa enim filia agere de dote non poſſet, nec per ſe, nec per procuratorem, adeoque dote ſua carere cogeretur, niſi conſentire fingeretur patri; quod in *dict. l. 2. §. 2. ff. de ſolut. matrim.* minime diſſimulauit Vlpianus dum ita ſcripſit: ***Voluntatem autem filiæ cum pater agit de dote, vtrum ſic accipimus vt conſentire, an vero ne contradicat filia? Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, filiam niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri, & Iulianus libro 48. Dig. ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat: nam vbi non poteſt per dementiam contradicere conſentire eam merito quis credet.*** Vide tamen quæ dixi in *tract. de pact. c. 3. q. 1.*

Lit. D. Qu. 26. *An vaſallus poſſit de feudo ſine Domini cõſenſu tranſigere?*

De Vaſallo quatenus hic tranſigere poſſit controuerſum eſt? Autori noſtro placet, Vaſallum decidendi cauſa ſine domini conſenſu alienare poſſe, ſic, vt ipſe vaſallus rem feudalem, quam tenet retineat, aliquo viciſſim aduerſario ſuo dato, vel promiſſo, vel vt eandem rem ab aduerſario accipiat; non vero vt ipſe vaſallus, aliquo accepto, rem feudalẽ, de qua eſt controuerſia, aduerſario relinquat atque cedat; quam ſententiam communem eſſe fatetur Autor noſter; eademque hoc potiſſimum fundamento nititur, quod omnis in genere alienatio rei feudalis prohibita ſit Imperatorum Lotharij & Friderici conſtitutionibus in *tit. 52. & 55. lib. 2. Feud.* tranſactio autem, diminuendi cauſa facta, ſit ſpecies alienationis *l. 4. C. de præd. minor. l. 1. §. 1. de procurat. Cæſar.*

Verum contrariam ſententiam, quod nempe Vaſallus de re feudali controuerſi, etiam diminuendi cauſa, inſcio domino feudi tranſigere poſſit, longe videtur eſſe verior, & fundatur in *capit. vnic. ſi de feud. defunct. cont. ſit inter dom. & agnat.* vbi in hæc verba ſcribitur: ***Si vaſallus de beneficio ſuo agat vel conueniatur, ſiue obtineat ſiue non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit illud iudicium: nam & tranſigere recte poterit, nec quod acceperit tranſactionis nomine, feudum erit:*** Ecce hic vaſallus tranſegerat de feudo, & quidem diminuendi cauſa, quoniam tranſactionis nomine dicitur quippiam accepiſſe, quod negatur eſſe feudum; proinde rem feudalem dimiſerat; tranſegerat autem, ignorante domino, vt perſpicue in textu aſſeritur. Idemque haut obſcure ſignificatur *capit. 43. libr. 2. Feud.* vbi itidem Feudiſta tranſigendi poteſtatem concedit Vaſallo.

Non equidem me latet, nonnullos conari adductos textus ad tranſactionem, non diminuendi, ſed decidendi cauſa factam, reſtringere: alios item in *d. c. 43.* conſenſum domini interueniſſe reſpondere.

Sed vtramque interpretationem eſſe falſam, perſpicue demonſtraui in *dict. tractat. de tranſact. cap. 2. q. vltim.* vbi quoque ad Autoris contrarium argumentum reſpondi.

RESOLVTIO THESIS Quartæ.

Dictum eſt quibus perſonis tranſigere permiſſum ſit, & quibus non, dicendum nunc eſt de rebus, ſuper quibus tranſactio fieri poteſt, vel non poteſt. Lit. A.

De hoc vero iſthæc proponitur regula: *tranſigi poſſe de re quauis dubia:* de re quippe certa & indubitata tranſigi non poſſe, ſed omnem tranſactionem fieri debere de re dubia, ac lite incerta, ſupra oſtenſum fuit in *theſi 1. lit. B.* & tradit Ictus Vlpianus in *l. 1. ff. de tranſact.* atque confirmat Imp. *in l. 2. C. eod. tit.*

Hinc

Qu. 27. *An de dubia ſtatus quæſtione poſſit tranſigi?*

Hinc igitur de ſtatus quæſtione dubia & controuerſa valebit tranſactio; & quidem ſi hoc agatur tranſactione, vt is, qui ſeruus dicebatur, pro libero in poſterum haberetur, nec amplius ipſi ab aduerſario ſtatus controuerſia mouetur, quin valeat tranſactio ac vires ſortiatur, dubiũ mihi plane nullum eſt: ita quippe Imperator in *l. fin. C. de tranſact. Iubemus in omnibus litigijs, iam motis, ac pendentibus, ſeu poſtea ſuper ſeruili & adſcriptitia conditione mouendis tranſactiones celebrandas, vel iam celebratas (ſi non alio iuri cognito modo eas vacillare contigerit) vires ſuas obtinere, nec ob id videri tenorem earum titubare, quod pro conditione ſeruili vel adſcriptitia confecta ſunt.*

Obſeruandum vero eſt tranſactione iſthac ſuper dubia ſtatus quæſtione interpoſita id non agi vt is, cum quo, tanquam cum ſeruo, agebatur, liber efficiatur, ſed ſolum vt ei, cum quo tranſactum eſt, amplius de libertate controuerſia moueri non poſſit, ſed etiamſi is, qui ſe dominum aſſerens, tranſegit, vere dominus ſit, aduerſus eum tamen tranſactio valeat.

Inſuper notandum eſt, quod tunc demum domini, cum ſeruis ſuis paciſcentes, ex placitis non teneantur, quando conſtat dominos eſſe, qui dicuntur, aut, cum dubitaretur ipſos dominos eſſe, confeſtim probare poſſint *l. ingenui. C. de ingen. manum.* In propoſito vero caſu, cum dominus cum ſeruo ſuo tranſigit, incertum ac dubium plane eſt, vtrum qui tranſegit, fuerit dominus: hoc quippe negabat is, qui in ſeruitutem petebatur. Vide *dict. tract. de tranſact. cap. 3. quæſt. 25.*

Quod ſi vero tranſactione ſuper ſtatus quæſtione & controuerſia hoc agatur, vt is, qui ſeruus dicebatur, ſeruus maneret, nec amplius de libertate ſua domino controuerſiam faceret, tranſactio non valet; non quidem propterea, quod turpis videatur huiuſmodi tranſactio, quaſi hac tranſactione id agatur, vt ex libero fiat ſeruus, cum id ſolum agatur, ne ei, cum quo tranſactum eſt, de ſtatu moueatur controuerſia, & vt is, qui nunc in ſeruitute eſſe dicitur, in ſeruitute maneat.

Sed ideo potius tranſactionem huiuſmodi non valere puto, quoniam tranſactio non procedit, vbi nihil viciſſim datur, retinetur, aut promittitur *l. 38. C. de tranſact.* ſeruo autem, quandiu ſeruus manet, nihil deberi poteſt, nec quicquam dari valet pro eo, quod à lite diſceſſit, cũ ſerui nihil proprij habere poſſint, ſed omne quicquid acquirunt, id dominis ſuis acquirant §. *item vobis. Inſtit. per quas perſonas nob. acquir.*

Non obſtat *dict. l. fin. C. de tranſact.* vbi valere dicitur tranſactio ſuper ſtatu, nec diſtinguitur vtrum ita fiat vt liber ſit, an vero vt ſeruus maneat.

Etenim etſi eius conſtitutionis verba generalia ſint, tamen ex ratione ſupra adducta ita reſtringenda erunt, vt procedat conſtitutio eo ſaltem caſu, quo ita tranſigitur, vt qui ſeruus dicebatur, pro libero habeatur, nec ſtatus controuerſia ipſi amplius moueatur.

Qu. 28. *An ſuper cauſa monaſtici ſtatus ſit licita tranſactio?*

Sed vtrum quemadmodum ſuper dubia ſtatus quæſtione tranſigere licet, vt, qui in ſeruitutem petebatur, maneret liber, ita quoque liceat ſuper cauſa Monaſtici ſtatus tranſigere, vt qui religionem ingreſſus ad monaſterium ſeu ſtatum monaſticum amplius reuerti non cogatur? difficultate ac controuerſia non caret. Equidem Alciatus Petr. Gilcken. & plerique Canoniſtæ negatiuam tuentur, propterea quod cauſa hæc ſpiritualis ſit, & ideo pecunia dari, citra Simoniaci ambitus vitium, non poſſit *cap. ſuper eo. cap. final. de ſim.*

Veruntamen verior eſt contraria opinio affirmantium quod ſuper ſtatus

mona-

monaſtici cauſa licite tranſigi queat; non obſtante ſuperiore ratione, ſiquidem ea concluderet, ſi trāſactio fieret de cauſa certa, atque hoc ageretur, vt qui reuera Monachus eſt & habitum religionis ſemel aſſumpſit, ad ſtatum iſtum non reuertetur: at nos hic de dubia ſtatus Monaſtici quæſtione tractamus, atq; ſuper ea tranſactionem licitam eſſe aſſerimus: verſamur proinde in eo caſu, quo adhuc incertum eſt, vtrum ſit Monachus an vero non.

Equidem Accurſius cenſet, licere, autoritate Epiſcopi, tranſigere, vt quis ad monaſterium non reuocetur, quando incertus eſt eius ſtatus. Et Alciatus, ſi certum ſit aliquem eſſe Monachum, ait ſolum Pontificem, & quidem non, niſi magna ex cauſa, diſpenſare poſſe, vt abiurata profeſſione, vxorem ducat *capit. cum ad monaſterium. de ſtat. Monach.*

Sed nos in cauſa verſamur plane dubia, vbi ad tranſigendum, non putamus opus eſſe authoritate Epiſcoporum, præſertim cum ab illa regula, quod de qualibet cauſa dubia licite tranſigi poſſit, hæc ſtatus monaſtici cauſa nuſpiam excipiatur.

Qu. 29. *An ſuper cauſa & cōtrouerſia matrimoniali liceat tranſigere?* De cauſa matrimoniali, vtrum tranſactionem admittat, res valde dubia eſt & controuerſa.

Etenim Bartolus in *l. qua contra. C. de pact.* tunc valere putat trāſactionem cum pro matrimonio interponitur propter rei ambiguitatem. Non vero ſubſiſtere, quando contra matrimonium interponitur, atque hoc agitur, vt à matrimonio diſcedatur. Atque hanc Bartoli ſententiam ſequitur etiam Andr. Alciat. ad *d. l. fin. C. de tranſact.*

Alij vero circa propoſitam quæſtionem hoc modo diſtinguunt, vt ſi tranſactione agatur, vt in coniugio non maneat, quæ vere coniunx non eſt, tunc valeat tranſactio: ſin vero id agatur tranſactione, vt quæ vxor non erat, maneat in matrimonio, non valeat tranſactio, quia pecuniam à marito vxori dare non liceat, ne matrimonia videantur eſſe venalia *l. ſi ſtipulatus fuero te ſiſti. §. fin. de verb. obligat.*

Mihi videtur ſententia Autoris veriſſima, quod nempe tranſactio non valeat, quæ interponitur ſuper diſſoluendo matrimonio, quaque id agitur vt à matrimonio diſcedatur: tum quia de matrimonio diſſoluendo tranſigere expreſſe prohibitum eſt in *cap. fin. de tranſact.* tum quia in rebus ſpiritualibus (cuiuſmodi matrimonium eſſe dicitur) trāſactio non admittitur *cap. de cætero. eod. tit.* tum quia conſenſu contrahitur verum matrimonium, à quo contrario conſenſu nunquam recedere licet: cum non debeat eſſe in iudicis aut contrahentium poteſtate tam magnum ſacramentum diſſoluere, aut facere vt id quod eſt matrimonium, non ſit matrimonium; id quod tranſactione efficeretur, quæ contra matrimonium interponitur.

Atqui pro matrimonio licite tranſactio interponitur, vt videlicet quæ ducta eſt vxor, maneat in matrimonio, nec diuortium faciat à coniuge ex iuſta cauſa, ob quam alias diuortium facere permittitur. Verbi cauſa deprehendit quis vxorem ſuam, recens ductam, grauidam ex alio, aut ab alio vitiatam, cogitat eam dimittere, id quod ipſum facere poſſe infra ſuo loco oſtendemus; ſed quo eam in matrimonio retineat, & à lite diſcedat, ipſius parentes vel cognati, aut ipſa vxor aliquid ei dant, hæc tranſactio valet, quæ facit vt matrimonium perduret, nec ſeparentur coniuges, qui alias ſeparari iure potuiſſent. Valet autem idcirco, quia fauor longe maximus eſt coniugij, vt cuius autor & fundator ſit Deus, ex quo Eccleſia & Reſpublica conſeruantur, propagantur & amplificantur; quare in dubio etiam pro matrimonio, tan-

Digitized by Google

quam pro re maxime fauorabili pronunciandum eſt. Accedit quod nulla ſit ratio, quæ huiuſmodi tranſactionem improbet vel prohibeat, quæque à prædicta regula cauſam matrimonialem excipi ſuadeat. Denique in *dict. cap. fin. extr. de tranſact.* dicitur in humaniorem partem, cum de componendis & tranſigendis controuerſijs agitur, ſemper declinandum eſſe: igitur etiam in cauſa matrimoniali tranſigenda in eam partem eſt declinandum, vt quæ coniunx eſt, in matrimonio maneat, nec diuortium faciat, quoniam hæc humanior & benignior eſt.

Quod ſi de matrimonio promiſſo initiſque ſponſalibus controuerſia ſit, atque is, qui ſibi matrimonium promiſſum dicebat, in probatione ſuccubuerit, dubiũ nullum eſt, quin ſuper ſtupro & alimentis cum ſtuprata & ſobole ex ea concepta, iure tranſigi poſſit, vel etiam ſuper iniurijs inter contrahentes ſponſalia & tertium procum ſubortis.

Lit. B & C
Qu. 30. *An ſuper re iudicata poſſit tranſigi?*

Cum porro de re ſolum dubia, litigioſa & incerta tranſactio fieri poſſit, ſequitur, quod non ſolum litem conteſtatam, ſed etiam, poſtquam à partibus in cauſa concluſum eſt, tranſactio procedat, quoniam tunc res adhuc dubia, litigioſa & incerta eſt, necdum conſtat, vter litigantium ſit euaſurus victor. Quod ſi vero lis vel ſententia iudicis, vel iureiurando deciſa ſit, quoniam lis omnis ſublata eſt; adeoque res deſijt eſſe litigioſa, incerta & dubia *l. 1 ff. de re iudicata.* idcirco ceſſat tunc tranſactio. De re iudicata quod tranſactionem non admittat, textus eſt in *l. 32. C. de tranſact.* vide quæ dixi ſupra in *theſi* 1. *lit. B.* Limitat tamen hoc ita noſter Autor vt procedat, ſi nullo remedio ſententia reſcindi, vel ſuſpendi queat: alioquin & poſt rem iudicatam valet tranſactio, ſi vel appellatio interceſſerit, vel appellari potuerit *l. 7. princ. ff. de tranſact.* idemque dicendum ſi ſententia per in integrum reſtitutionem reſcindi poteſt *d. l. 32. C. eod.* quoniam tunc res litigioſa eſſe deſijt. *L. 23. §. 1. ff. de condict. indeb.* Atque hoc procedit non ſolum in ſimplici tranſactione, ſed in ea quoque, quæ fit per Aquilianam ſtipulationem, quoniam nec iſta de re certa & indubitata fieri poteſt: neque in contrarium valet *d. l. 32. de tranſact.* ex qua nonnulli demonſtrare conantur, quod tranſactio, per Aquilianam ſtipulationem facta, etiam poſt rem iudicatam, vel iureiurando deciſam, interponi valeat: quinam enim verus ſit eius conſtitutionis intellectus, dixi in *tractat. de tranſact. c. 3. q. 1.* diuerſa ſane ratio eſt pacti: hoc enim, cum de re certa fiat *l. 1. de tranſact.* ideo etiam de re iudicata fieri poteſt *l. 7. §. ſi paciſcar. ff. de pact.* Cæterum ſunt quædam res de quibus tranſactio licita non eſt: primo enim de quæſtionibus ac controuerſiis teſtamentarijs tranſigere non licet aliter quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis. Ita enim Ictus Gaius in *l. 6. ff. de tranſact. De his controuerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri aliter veritas poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti.* Et in *l. 1. §. 1. quemadm. teſt. aper. neq; enim ſine iudice tranſigi, neque apud iudicem exquiri veritas, de his controuerſiis quæ ex teſtamento proficiſcuntur aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis.*

Ratio autem huius eſt iſta, quod ſi non viſis, nec cognitis verbis teſtaméti tranſigeretur, ampla aperiretur feneſtra fraudibus atque inſidijs illorum, qui legatarijs atque fideicommiſſarijs obrepentes, cum illis paruo decidere ſolent, quaſi nõ certa res eis fuerit relicta, ſed dubia ſpei alea; hinc vero accideret perfacile, vt vltima defuncti voluntas euerteretur, exitúmq; habere impediretur, quam tamen exitum ſortiri, priuatim atque publice intereſt *l. 1. C. de SS. Eccl.*

Et quanquam Iacobus Cuiacius, nec-

non

non Æmylius Ferrettus contra omnium ſententiam aſſerere non dubitent, quod de controuerſiis teſtamentarijs, inſpectione etiam teſtamenti non præcedente, tranſigi poſſit, atque textus adductos manifeſtiſſimum Triboniani errorem ſapere ſerio contendant; idq, ratiunculis quibuſdã, leuiuſculis obtinere conētur; mihi tamen contraria cõmunis ſententia longe verior videtur, tum propter textus apertiſſimos in medium nunc adductos: tum etiam propter rationes euidētiſſimas modo aſſignatas, illorum vero rationibus quomodo obuiam ſit eũdum, luculenter oſtendi in *tr. de tranſ. d. c. 3. q. 16.*

Qu. 31. *An de cõtrouerſiis teſtamentarijs liceat donãdi cauſa paciſci?*

Illud hoc loco quæritur, anne de controuerſijs teſtamentariis donandi cauſa paciſci liceat, non inſpectis nec cognitis verbis teſtamenti? Et quod non poſſit, ſtatuũt Bartolus Bald. Angelus & Accurſius in *d. l. 6. ff. de tranſact.* cuius ſuæ opinionis præcipuum fundamentum conſtituunt in textu *tit. 1. §. 1. lib. 1. ſenten. Pauli.* vbi ait, de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet: ex quo inferunt, argumento à contrario ſenſu, quod de quibus rebus non licet tranſigere, de iis nec paciſci liceat; & conſequenter, cum de controuerſiis teſtamentariis prohibita ſit tranſactio, de iiſdem quoque pactio gratuita ſit prohibita.

Mouentur & eo, quod eadem plane ſit ratio, quoad propoſitum, pactionis, quæ tranſactionis; quoniam non minus illa, q̃ hac vltima defuncti voluntas euertatur.

Sed contraria ſententia communiori calculo recepta eſt: tum quod quiſque de re ſua, ad rem familiarem ſuam ſpectante, queat paciſci ſuamq; perſecutionem deteriorem reddere *l. 7. §. ſi paciſar. ff. de pact.* Tum etiam, quia ratio, quæ obtinet in tranſactione, deficit in pacto gratuito: nam indubitati iuris eſt, quod quiſque id, quod ſibi in teſtamento legatum, aut per fideicommiſſum relictum eſt, repudiare poſſit, & acceptum alij donare; nec quicquam eo cõtra defuncti voluntatem peccatur; vt quæ nõ hæc ſit, vt legatarius aut fideicommiſſarius illud nolens volens habeat, atque inuitus quoque acceptare cogatur: atqui nemo poteſt voluntatem ex parte amplecti & ex parte repudiare (quod fieret in tranſactione) hoc ſiquidem procul dubio fieret contra defuncti voluntatem, quæ ſine dubio hæc fuit, vt legatarius vel fideicommiſſarius ſibi relictum, aut totum haberet, ſi vellet, aut totum repudiaret; quocirca merito receptum eſt, vt de controuerſijs, in teſtamento relictis, non poſſit legatarius tranſigere, poſſit vero gratis donandi cauſa paciſci vide *d. tract. c. 3. q. 19.*

Neque obſtat *l. 19. C. de tranſact.* vbi clare ſignificatur, inter ignorantes etiam, tranſactionem factam valere. Nam ab ea regula excipiuntur tranſactiones, ſuper cauſis teſtamentarijs, factæ, in *d. l. 6.* Ratio vero exceptionis ſupra fuit indicata, quæ huc erit repetenda.

Lit. F.

Queſ. 32 *An iudex ſententiã ferre poſſit, non inſpectis teſtamenti verbis?*

Cum porro veritas exquiri aliter non poſſit in cauſis & controuerſijs ex teſtamento proficiſcentibus, quam ſi inſpiciantur verba teſtamenti *d. l. 6.* conſequens eſt, vt ſine inſpectione teſtamenti ſentẽtia ferri non poſſit in ijſdem controuerſiis; ſpectis teſtamenti verbis, cum, veritate nõdum cognita & explorata, iudex ſententiam ferre non debeat. Et hoc eſt quod Gaius ſcribit in *l. 1. §. 1. ff. teſta. quemadm. aper. neque ſine iudice tranſigi, neq; apud iudicem exquiri veritatem poſſe de his controuerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcerentur, niſi inſpectis teſtamenti verbis.* Et profecto imperitiſſimus atq; ineptiſſimus foret iudex, ſi ſententiam ferret antequam teſtamentũ inſpexiſſet & verba eius ponderaſſet, cum ex eo tota vis cauſæ pendeat nec de voluntate defuncti teſtatoris al unde cõſtare poſſit. Mirum proinde eſt, Accurſium contrariũ probare auſum fuiſſe, atq; ſtatuere, quod iudex ſentẽtiam ferre poſſit, teſtamento non viſo, nec inſpecto.

Quocirca vt tranſactio de cauſa teſtamentaria

mentaria ſubſiſtat mentio facienda eſt in tranſactione teſtaméti; & addendum eſt, quod facta ſit tranſactio inſpectis & cognitis verbis teſtamenti.

De errore Cuiacij & Æmylij Ferretti, negantis tranſactionem de controuerſijs teſtamentarijs validam eſſe, atque *d. l.6.* errorem Triboniani continere aſſerentis, ſupra nonnihil fuit dictum, eundemq; errorem in *d.q.16.* refutaui, quo me breuitatis cauſa refero.

Queſt.33 *An inſpectioni teſtamenti poſſit renunciari?* Queritur porro anne inſpectioni huic à partibus tranſigentibus renunciari queat, ſic, vt iſta renunciatione tranſactio ſuſtineatur, non inſpecto teſtamento? Affirmant Accurſius & Anton. Faber in *d. l. 6. de transact.* moti ea ratione quod ad fauorem ipſorum tranſigentium ſpectet iſta teſtamenti inſpectio, ne fortaſſis lædantur & circumueniantur ſi, verbis teſtamenti non inſpectis, tráſegerint; huic proinde fauori ſuo renunciare valeant *l.pen.C.de pact.*

Addunt præterea textus, quibus ſignificari putant, quod tranſactio ſuper vltima voluntate valeat, etſi non omnia verba teſtamentorum vel codicillorum fuerint lecta *l.non eſt ferendus.12.ff.de tranſact.* verum hæc ſententia diſplicet Autori noſtro, nec immerito, quoniam fieri non poteſt, vt inſpectioni teſtamenti renuncietur, cum ſine ea inſpectione veritas non poſſit exquiri, nec tranſactio fieri *d.l.6.& d l.1.§.1.*

Adde quod priuatis pactis non poſſit lædi ius cæterorum *l.3.pr.ff.de tranſact.* nec priuatorum pactis ius publicum mutari queat *l.38.ff.de pact.*

Atqui id fieret tali renunciatione, ſiquidem inſpectio verborum teſtamenti, in propoſito, requiritur non in fauorem ipſorum contrahentium, ſed in gratiam defuncti, ne videlicet voluntas ipſius vltima circumueniatur, euertatur & exitum habere impediatur. Reſpublica vero huiuſmodi læderetur renunciatione, quoniam non modo priuatim, ſed & publice intereſt defunctorum voluntates vltimas habere exitum *l.1.C.de SS.Eccl.*

Vt taceam quod tranſactio hæc expreſſis legibus, inſpectionem verborum teſtamenti deſiderantibus, ſit contraria *l.6.ff.de tranſact. l.1.§.1.ff.teſtam. quemadm. aper.* pactio autem, quæ legibus iurique publico contrariatur, nullius eſt momenti *l.7.§.ait prætor. ff. de pact.l.38. eod.l.5.C.de legib.*

Contrarijs argumentis ſatisfactum eſt in *tract.de tranſact.c.3.q.18.*

Quid vero de iurata renunciatione habendum? Eam valere aſſerit Autor noſter, ideo quia renunciatio eſſet ſolum contra bonos mores iuris ciuilis, & ideo ſuſtineatur. *cap. quamuis.de pact. in ſext.c. cum contingat: extra, de iureiurando.* Qu. 34. *An iurata renunciatio valeat?*

Sed contraria ſententia procul dubio verior eſt: non ſolum iure ciuili, quo omne iuramentum, quod actui, legibus ciuilibus contrario, accedit, improbatur *l.7.§.16.ff.de pact.l.112.§.fin.ff.de legat.1. l.5. C.de legib.* Sed iure etiam Canonico, quo omne iuramentum, quod in alterius cedit præiudicium, non ſuſtineri dicitur *d.cap.quamuis.de pact.in ſext. & d.cap. cum contingat. de iureiurand.* atqui cederet iuſiurandum hoc in præiudicium teſtatoris, vt cuius vltima voluntas circumueniretur & euerteretur, cæderet quoq; in præiudicium Reip. vt cuius quoque interſit exitum habere defunctorum vltimas voluntates *d.l.1.C.de SS.Eccleſ.*

Non moueor quod tale iuramentum eſſet ſolum contrarium bonis moribus ciuilibus, non etiam naturalibus: nam quod nec illud iuramentum, quod bonis moribus iuris ciuilis contrarium eſt, bona conſcientia ſeruari poſſit, ſed vergat in æternæ ſalutis diſpendium, demonſtraui in *tractatu de interpret. & Authoritate iuris c.1.q.4.* vbi vide.

Poſtremo & illud quæſtionis eſt Qu. 35.

haut:

An valeat trāſactio teſtamē - to nuncupatiuo nō inſpecto ?

haut perinde expeditæ, vtrum diſpoſitio *d. l. 6. ff. de tranſact.* locum habeat etiam in nuncupatiuo teſtamento, ſic vt de cōtrouerſiis exinde proficiſcentibus, aliter non poſſit trāſigi, quā inſpectis & cognitis verbis teſtamenti? & negatiuam recte amplectitur communis interpp. Schola.

Etenim ratio, ob quam de controuerſiis teſtamentariis prohibita eſt, in iis cōtrouerſiis locū non habet, quæ ex nūcupatiuo teſtamēto proficiſcuntur; ideo n. ſuper illis prohibita eſt trāſactio, quia veritas aliter exquiri nō poteſt, quā verbis teſtamenti cognitis atq; inſpectis, & ideo facile fieri poſſit vt voluntas teſtatoris vltima circumueniatur. At in nuncupatiuo teſtamento poteſt aliter exquiri veritas, quā ex inſtrumento & ſcriptura teſtamēti, ex teſtibus videlicet, coram quibus voluntatem ſuam teſtator nuncuparit, vt ideo opus non ſit, tabulas teſtamēti prius inſpici, quam tranſigatur.

Quod ſi tamen litigatoribus aliunde cōſtare non poteſt quid in teſtamēto nūcupatiuo contineatur, trāſactio nō valet, niſi tabulæ fuerint inſpectæ; ne voluntas teſtatoris euertatur: nec huic obloquitur quod nuncupatiuum teſtamentū ſit non ſcriptum & ſine ſcriptura fieri ſoleat *§. fin. Inſt. de teſtam. ordinand.* & ideo inepte requiratur, vt inſpiciantur tabulæ teſtamenti, quæ non ſunt: tametſi enim teſtamentum nuncupatiuum ad ſui perfectionem ſcripturam non deſideret, tamen nihil prohibet illud in ſcripturam redigi *l. 2. C. de bon. poſſ. ſecund tab. l. 2. C. de teſtament.* quo melius conſeruetur vltima defuncti voluntas.

Lit. F.

Qu. 36. *An de futuris alimentis in teſtamē - to relictis liceat trāſigere?*

Ad hæc tranſigere non licet de futuris alimentis vltima voluntate relictis ſine cognitione prætoris *leg. 8. ff. de tranſact.* de FVTVRIS dico alimentis tranſigi nō poſſe, quoniam de præteritis alimentis trāſactio minime prohibita eſt, ita enim Gordianus: *De alimentis*, ait, *præteritis ſi quæſtio deferatur, tranſigi poteſt, de futuris autem ſine prætore ſeu præſide interpoſita tranſactio nulla autoritate iuris cenſetur l. 8. C. de tranſact.* quænam autem ſit ratio, ob quam de alimentis futuris, per vltimam voluntatē relictis, tranſactio prohibetur, de præteritis vero conceditur, mox ſub *lit. ſeq. G.* exponam. De alimentis futuris in TESTAMENTO relictis tranſigere Diui Marci conſtitutio prohibet, niſi cognitio prætoris, vel præſidis præceſſerit.

Qu. 37. *An liceat de alimētis contractu cōſtitutis trāſigere?*

Hinc quæritur, anne prohibeatur quoque de alimentis contractu conſtitutis, tranſigere ſine prætoris cognitione?

Et quod de hiſce alimentis, quę in cōtractu conſtituuntur, tranſactio minime ſit interdicta, teſtatur Vlpianus in *l. 8. §. 2. ff. de tranſact. Plane*, inquiens, *de alimentis, quæ non mortis cauſa donata ſunt, licebit & ſine prætore auctore tranſigi.*

Sed tamen huic refragatur generalitas conſtitutionis Diui Marci, de qua his verbis teſtatur Vlpianus: *Cum hi, quibus alimenta relicta erant facile tranſigerent, contenti modico præſenti, Diuus Marcus oratione in Senatu recitata efficit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quam ſi auctore prætore facta d. l. 8. ff. de tranſact.*

Ecce loquitur Oratio Diui Marci de alimentis RELICTIS, non in ſpecie de alimentis teſtamento vel vltima voluntate relictis: deinde generaliter cauet ne tranſactio alimentorum rata ſit, ſine prætore facta.

Accedit huic inſuper & iſta ratio, quod ideo improbet Diuus Marcus tranſactionem de alimentis, quia illi, quibus alimenta relicta ſunt, modico præſente contenti, facile remittant futura alimenta. Quam rationem in alimentis quoque futuris, teſtamento relictis obtinere perſpicuum eſt. Quare Oratio Diui Marci ad alimenta quoque in teſtamento relicta, ſpectare videtur.

Nec reſiſtit quod verba orationis ſunt generalia; hoc enim minime concedo;

 ver-

verbum quippe RELINQVENDI, quo vſa eſt Oratio, proprie ad vltimas voluntates pertinet *leg. 1. §. penult. ff. de Tabul. exhib. l. Lucius. § filiam. ff. ad SC. Trebell.*

Quin & ipſe Vlpianus in *d. leg. 8. §. 2.* *Hæc*, inquit, *Oratio pertinet ad alimenta, quæ teſtamento, vel codicillis fuerint relicta, ſiue ad teſtamentum factis, ſiue ab inteſtato, idem erit dicendum etſi mortis cauſa donata fuerint, vel ab eo cui mortis cauſa donata ſunt, relicta: plane de alimentis quæ non mortis cauſa donata ſunt, licebit & ſine prætore tranſigere.*

Quibus ſane verbis Oratio Diui Marci perſpicue reſtringitur ad alimenta futura in vltima voluntate relicta.

Et ratio quoque huius non eſt obſcura, quod nempe lex præſumat vnumquemq; in eo cautionem eſſe, quod ſua induſtria acquiſiuerit, vt poſt Salicetũ ſcribit Scipio Gentil. *de aliment. c. 10.* Addit & hãc rationem Autor, quod teſtator alimentario, promiſſor ſibi conſulere voluerit, vt ſoluat diuiſis penſionibus.

Sed Daniel Mollerus eam rationẽ diuerſitatis adducit quod teſtator, qui alimenta reliquit, nõ ſolum eius, cui alimẽta legauit, ſed ſui quoq; ipſius & familiæ ſuæ rationem habere voluerit in eo, ne fortaſſis is modico præſente contentus, tranſigendo alimenta remittens, eſurire, mendicare, atque fame perire maximo cum teſtatoris dedecore cogatur.

Quæ ratio cum ceſſet in alimentis ex contractu debitis, ratio non eſt, cui de alimentis ſibi debitis, vtpote rebus ad ius ſuum ſpectantibus, tranſigere poſſit.

Cui ſimilis eſt ratio illa, quam Duarenus aſſignat *1. diſput. animaduerſ. 44.* quod nempe ideo de alimentis, à teſtatore relictis, nõ permiſſum ſit ſine prætoris cognitione tranſigere, quo voluntas teſtatoris conſeruetur *l. 1. C. de SS. Eccleſ.* quem veriſimile eſt alimenta potius legatario particulatim, qui fortaſſis frugi non eſt, ſegnis & inertis vitæ, vt de alimentis omnino pendeat, quam ſummã aliquam pecuniæ ſemel præſtari voluiſſe; ne, ea pecunia inutiliter conſũpta & perdita, eſurire tandem & mendicare cogatur *arg. l. eum qui. ff. de annuis legat.* quæ ratio ceſſare videtur in iis, quæ ex contractu debẽtur.

Equidem quænam vera ſit ratio, ob quam de alimentis, per vltimam voluntatem relictis, non permittitur tranſigere, non conuenit inter iuris interpretes. *Lit. G. Qu. 38. Ob quam rationem non liceat tranſigere de alimentis in teſtamẽto relictis?*

Nam primo Iohannes Robertus, *lib. 4. ſentẽtia. 19.* idcirco putat, ſine cognitione prætoris, ſuper alimentis futuris, in teſtamẽto relictis tranſactionem prohibitam eſſe, quia id ſuadeat ac mereatur vtriuſque ſimul, alimentorum, inquam, & vltimæ voluntatis fauor.

Verum etſi Diuus Marcus, atque Senatus vltimæ voluntatis fauorem præ oculis habuerint, vti teſtis eſt Ictus in *d. l. 8. §. 2. ff. de tranſact.* Non tamen vllum eſt argumentum, quod ſuadeat fauoris quoq; alimentorum rationem eandem habuiſſe: non equidem inficias eo, quod magnus ſit in iure alimẽtorum fauor, cæterum huic conſequens minime eſt, quod Senatus & Diuus Marcus, citra prætoris cognitionem tranſactionem prohibentes, ad eum fauorem reſpexerint.

Alij itaque, quibus & Gilckenius in *l. 8. C. de tranſact.* adſtipulari videtur hanc rationem probare, quod, ſi tranſactio de alimentis, ſine prætoris cognitione valeret, anſa & occaſio præberetur alimentariis repræſentatam pecuniam conſumẽdi, iidemque poſtea ad penuriam & inopiam redacti, fame laborare cogerentur: atque ita ſolius alimentarij cauſa tranſactionem interdictam putant.

Cæterum, recte Iohannes Robertus hanc rationem idcirco reiicit, quia eadẽ plane ratio in alimentis, etiam per cõtractus inter viuos relictis, locum ſibi vindicat, de iiſdemq; tranſactionem interdictam euincit: cum tamẽ Senatus de illis ſolũ, quæ in vltima voluntate relicta ſũt, tranſ-

Digitized by Google

tranſactionem prohibeat. De alimentis vero in contractibus relictis, tranſactionem expreſſe concedat. Ex quo ſane manifeſtum euadit, Diuum Marcũ in Orat. ſua ad ſolum alimentarium non reſpexiſſe, nec in gratiam illius, tranſactionem de alimentis improbaſſe,

Quidam rationem in vtilitate publica conſtituunt: quod nempe publice interſit, ne ciuitas repleatur mendicis, atque egentibus. Item quod ad Reipublicæ cõmodum inprimis ſpectet, ne quis re ſua male vtatur, *§. fin. Inſtit. de his, qui ſu: vel alien. iur.* ſed nec hæc ratio admittenda videtur, quia alioquin nec de alimentis, inter viuos relictis, tranſactio valeret, ac fruſtra cum Diuo Marco Senatus de alimentis, duntaxat in teſtamento relictis, tranſactionem improbaſſet.

Nonnullis placet, idcirco de alimentis futuris in teſtamento relictis tranſactionem improbari: quia ſingularis vltimarum voluntatum fauor, quas exitum ſortiri priuatim ac publice interſit, hoc mereatur: atque ita ſentiunt Antonius Faber & Hotomannus in *d. l. 8. ff. de tranſact.* Connanus *5. comm. 7. num. 5.* Borcholt *de tranſact. cap. 3. num. 38.* huius vero rationis hanc rationem aſſignant, quod non de aliis alimentis, quam in teſtamento, codicillis vltimaque voluntate relictis, tranſactionem SCtum prohibeat: at hoc fruſtra, atque inepte, ſi non ob ſolum fauorem vltimarum voluntatum, tranſactio interdicitur.

Veruntamen & hæc ratio ſufficiens nõn videtur: ſi enim ſolius voluntatis vltimæ conſeruandæ cauſa, de alimentis ſine prætore tranſigere prohibetur, & nõ etiam fauor ipſius alimentarij, cui alimenta relicta ſunt, ſpectatur, cur illa ſolum tranſactio improbatur, qua alimentarij conditio redditur deterior; contrà vero ea admittitur, qua conditio ipſius melior efficitur? in *dict. leg. 5. §. 5. 6. & ult. ff. de tranſaction.* Adde quod & ipſa SCti verba clare oſtendere videantur, non tam vltimę voluntatis fauore, quam alimentarij gratia tranſactionem interdici; ſiquidem idcirco, Autore Vlpiano, tranſigere ſuper alimentis non licet, ne hi, quibus alimenta erant relicta, tranſigerent modico præſente contenti: vnde haud obſcure liquet, Senatum ipſi quoque alimentario, ne egere tuiſque defraudaretur alimentis, proſpectum voluiſſe.

Nec moueor ratione ſuperiori, quam pro ſua opinione adducunt, quod ſcilicet de ſolis alimentis, in teſtamento relictis, tranſactio prohibeatur; hinc enim non ſequitur ſolius vltimæ voluntatis fauore niti SCtum, nec vllam alimentarij ipſius rationem haberi; ſed id ſolum, quod & vltimæ voluntatis defuncti conſeruandę cauſa, de alimentis tranſigere Senatus prohibuerit: id quod & nos libenter admittimus.

His itaque rationibus ordine remotis, exiſtimarim veram rationem orationis, vt & SCti, ob quam de futuris alimentis, in teſtamento relictis, tranſigere, citra prætoris cognitionem, prohibetur hanc eſſe, quod cum teſtatores frequenter cognatis ſuis atque amicis tenuibus, neque ſatis ad rem ſuam attẽtis benigne facturi, non certam illis ſummã ſemel relinquerent; ſed alimẽtorum nomine plerumq; annuũ quippiã legarent, acciderit, vt iidẽ modicam aliquam præſentem pecuniã, quã pręſtationes illas annuas pоptarent, ac ſępenumero cum heredibus tranſigerent, atque ita defunctorum voluntates euerterentur ipſique alimentarij alimẽtis defraudarentur. Idcirco viſum fuerit tranſactionem abſque prætoris cognitione, prohiberi: vt ita ratio non in ſolo vltimæ voluntatis fauore, nec in fauore ſolius alimentarij, ſed in fauore vtriuſque conſiſtat: & hanc veram eſſe rationẽ, perſpicue probat, quod, vt paulo ante dicebã, eam Senatus improbet trãſactio-

Digitized by Google

nem, quæ alimentarij conditionem reddat deteriorem, eam vero contrà admittat, qua conditio ipſius efficiatur melior *d. l. 8. §. 5. 6. & 11.* quodque Senatus, teſte Vlpiano, idcirco tranſactionem prohibuerit, ne hi, quibus alimenta relicta erant, modico præſente contenti, facile tranſigerent, quæ ſane ratio luculenter oſtendere videtur, alimentarij quoque rationem Senatum habuiſſe.

Qu. 39. *An tranſactio iurata de futuris alimẽtis valeat?*

Hinc facilis eſt deciſio quæſtionis illius quæ hoc loco mouetur, anne iurata tranſactio, ſine cognitione prætoris facta, valeat, an ſit valida? Cum enim ex modo dictis appareat, quod ratio tranſactionis de alimentis futuris prohibitæ, non in ſolius alimentarij, ſed in teſtatoris etiam eiuſdemque vltimæ voluntatis fauore ſit fundata, conſequens vtique eſt, huiuſmodi tranſactionem iuratam, ne quidem iure communi valere, quoniam hoc ius, iuramenta illa improbat, quæ in alterius, quam iurantis, cedunt præiudicium *c. quamuis. de pact. in ſext.* atqui cederet hæc iurata tranſactio, ſi valeret, in præiudicium defuncti: quinimo etiam in Reipublicæ detrimentum; vt cuius interſit vltimas voluntates ſortiri exitum *l. 1. C. de SS. Eccleſ.* vt taceam quod talis iurata tranſactio, legibus cõtraria, pro nulla & infecta habetur in *l. 5. C. de ll.*

Nec admittenda eſt diſtinctio Canoniſtarum, quam etiam Autor noſter approbare videtur, quod aliud ſit iuſiurandum valere, & ſeruari debere, & aliud per iusiurandum actum, alias de iure inualidum, confirmari.

Nam ineptiſſima eſt hæc diſtinctio, tum quia iuramentum eſt acceſſoriũ eius contractus vel negotij, cui confirmandi gratiâ accedit: nullum autem acceſſoriũ ſubſiſtit, niſi & principale valeat *arg. leg. ſi eum. §. qui iniuriarum ff. ſi quis caut. §. 5. Inſt. de fideiuſſ.* Quomodo itaque iuramentum valeret atque ſeruandum eſſet, ſi actus, cui acceſſit, non ſubſiſteret. Tum quia iuramentum ſeruari non poteſt, niſi & actus, qui iſto iuramento confirmatur, obſeruetur; nã ſi quis V. C. contra legem Iuſtiniani Imperatoris, fundũ dotalem alienaret, inſcia, vel etiam conſentiente vxore, & addito iuramento, ſe alienationem non reuocaturum, iuraret, quî obſecro iuramẽtũ hoc ſeruaretur, ſi nõ & ipſa alienatio obſeruaretur; aut quî ſaluo iureiur. alienatio reuocari poſſet?

Sic & in propoſito, ſi quis de futuris alimentis ſine prætore tranſigeret, & iuraret, ſe iſtam tranſactionem ſeruaturũ, nec ab ea ſe vnquã receſſurum eſſe, quomodo quæſo, hoc iuramentum ſeruare & cuſtodire poſſet, ſi non etiam tranſactionem ſeruaret, aut quomodo, ſaluo iureiurando, contra tranſactionem venire poſſet?

Tum etiam idcirco præfata Canoniſtarum diſtinctio ſubſiſtere nequit, quod iuſiurandum ipſum, illicito actui & legibus improbato accedens, à legibus improbatur *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 5. C. de legib. l. 112. § fin. ff. de legat. 2.*

Nec moueor quod in propoſito iuſiurandum ſit tantum contra bonos mores ciuiles, non etiam contra bonos mores naturales, cuiuſmodi iuramentum propter conſcientiam ſeruari debeat *dict. cap. quamuis. de pact. in ſext.* Hoc enim, licet ita iure Canonum ſtatuatur; non tamen admittendum, alibi prolixe oſtendi in *tract. de autor. iur. c. 1. q. 4.* vbi etiam ad diſſentientium fundamenta reſpondi atque perſpicue demonſtraui tale iuramẽtum nullatenus ſuſtineri poſſe.

Nec obſtat quod religio debeat præferri regulis iuris: nam nulla eſt eius iuramenti religio, quod bonas leges, adeoque ordinationem diuinam, vt appellantur *cap. 13. ad Roman.* impugnat.

Nec aduerſatur, quod Canones in cauſa ſpirituali, qualis & hæc præſens ſit, debeant præferri iuri ciuili: nam hoc verum, niſi Canones quid ſtatuant quod

iuri

iuri repugnet diuino, vt præſens facit iuramentum *arg. d.c.13.ad Rom.* quin etiam, iure Canonum, hoc iuramentum non poſſe ſubſiſtere, exinde oſtensũ eſt, quod in tertij redũdet præiudicium *c. quamuis. de pact. in ſext.*

Lit. H. Qu. 40. *Anne de futuris alimentis tranſigatur autoritate cõpromiſſarij arbitrij?*

Vt igitur tranſactio de futuris alimentis, in teſtamento relictis valeat, requiritur autoritas & cognitio prætoris, vel in prouinciis præſidis *leg. 8. §. 11. ff. de tranſact. leg. 8. C. eod. tit.* ſed num etiam autoritate & cognitione compromiſſarij arbitri tranſactio ſuper alimentis procedat, quærit hîc Autor? Et quidem quod valeat tranſactio cognitione compromiſſarij iudicis, nonnulli hac ratione euincere conantur, quod arbitria ſint ad inſtar iudiciorum redacta *leg. 1. Digeſt. de recept. qui arbitr.* itemque quod arbiter iudici comparetur in *leg. 15. princ. ff. de re iudicata.*

Veruntamen contraria opinio quæ communior & Autori quoque noſtro arridet, verior eſt, quod nempe tranſactio non valeat de futuris alimentis, etiamſi cognitio arbitri præceſſerit, quia in *leg. 8. ff. de tranſact. & leg. 8. Cod. eod. tit.* conſtare requiratur *Prætoris* & *Præſidis* decretum; ita vt Oratio Diui Marci non aliter velit ratam eſſe tranſactionem ſuper alimentis futuris, quam ſi auctore PRÆTORE ſit facta *dict. leg. 8. in princ. ff. de tranſact.* Et Gordianus Imperator de futuris alimentis ſine *Prætore*, vel *Præſide* tranſactionem interpoſitam, nulla auctoritate iuris cenſeri, dicit *d. l. 8. C. de tranſact.* hinc igitur perſpicuum eſt, quod ſi tranſactio de tranſactione non Præſes nec Prætor cognouerit, tranſactionem non ſubſiſtere.

Nec ad propoſitum quicquam facit ratio ſuperior: nam quod dicitur arbitria ad inſtar iudiciorum eſſe redacta in *d. l. 1. ff. de arbitr.* id non ita generaliter accipiendum eſt quaſi nulla amplius ſit differentia inter arbitros compromiſſarios & iudices, quia contrarium relucet manifeſtiſſime ex *arg. l. 1. C. de arbitr.* ſed hactenus ſolum procedit comparatio & ſimilitudo iſta inter arbitros compromiſſarios & iudices datos, quod ſicut ſentẽtia iudicis litem finit, ita quoq; arbitriũ, prout ſemetipsũ explicare videtur Paulus in *d. l. 1.* inſuper, etſi daretur, nullam amplius eſſe differentiam inter arbitros & iudices, exinde tamen inepte inferretur, quod compromiſſarij cognitione procedat tranſactio, cum nec iudicis autoritate & cognitio fieri poſſet: nam vbi præciſe decretum & cognitio prætoris præſidiſque deſideratur, ibi iudicis pedanei cognitio non ſufficit, vt taceam quod cum cognitio hæc de alimẽtis ſpecialiter atque nominatim prætori atque præſidi ſit demandata in *d. l. 8.* idcirco alij, quam præſidi, aut prætori competere nõ poſſit: non igitur iudici pedaneo, nec arbitrio compromiſſario.

Cæterum eo ſaltem caſu valet tranſactio ſine cognitione prætoris, quo alimentarius conditionem ſuam non deteriorem, ſed meliorem reddiderit: idcirco enim tranſactio Oratione Diui Marci erat prohibita, ne contra voluntatem teſtatoris alimenta interuertantur alimentario, iſque poſtea eſurire & fama perire cogatur, vt ſupra prolixius oſtenſum fuit. Hac igitur ratione tunc ceſſante quando ſuam conditionem alimentarius tranſigendo reddiderit meliorem, ceſſabit etiam diſpoſitio *dict. l. 8. ff. de tranſact.* atqui hoc nequaquam diſſimulauit Vlpianus in *d. leg. 8. §. 6. ff. de tranſact.* dum ita ſcribit: *Eam tranſactionem Oratio improbat, quæ idcirco fit vt quis repræſentatam pecuniam conſumat: quid ergo ſi quis extra prætoris autoritatem tranſegerit, vt quod per ſingulos annos ei erat relictum, conſequeretur per ſingulos menſes? aut quid ſi quod per ſingulos menſes ei relictum erat, conſequeretur per ſingulos dies? quid deinde ſi conſumato anno vt* *Lit. I.*

acciperet, initio anni conſequatur? & puto eam tranſactionem valere, quia meliorem conditionem ſuam alimentarius tali tranſactione facit, noluit enim Oratio alimenta per tranſactionem intercipi.

Quanquam autem Æguinarius Baro exiſtimet aliud eſſe in legato habitationis & aliud in legato cibarij conſtituendum, ita vt de legato habitationis ſine prætore tranſigere liceat, de legato autem cibario non item, quæ opinio eius confirmari videtur *dict. leg. 8. §. vltim.* in quo ita ſcribitur: *Si ad habitationem certa quantitas ſit annua relicta, & ita ſit tranſactum ſine prætore, vt habitatio præſtetur, valet trãſactio, quia fructus habitationis præſtatur, licet ruina vel incendio ſubiecta tranſactio eſt; per contrarium quoque ſi pro habitatione, quæ erat relicta placuerit certam quantitatem præſtari, tranſactio rata eſt & citra prætorem.*

Ecce hîc apertè conceditur de habitatione relicta tranſigere.

Veruntamen Cuiacius & qui præterea ab Autore allegantur hunc textum *§. vltim.* ad præcedentem caſum exiſtimant eſſe reſtringendum, quo tranſactione ſuam conditionem meliorem effecerit, cui habitatio erat relicta, propterea quod ratio, ob quam prohibetur de alimentis tranſactio, in habitatione quoque obtineat.

Cæterum generalitas huius *§. vltim.* reſtrictionem iſtam reſpuere videtur, cum eiuſmodi reſtrictione ne minimo quidem verbulo ſignificetur. Accedit inſuper & hoc, quod iam in præcedentibus fuerit hic caſus definitus, nempe in *§. 6. dict. leg. 8.* proinde fruſtra & otioſe idipſum de habitatione denuo repeteretur.

Ego tamen, his rationibus non obſtantibus, priorem ſententiam nihilominus veriorem eſſe iudico: tum quod eadem ratio in habitatione obtineat, quæ in cibariis tranſactionem, ſine prætoris cognitione, prohibet: tum quia generaliter tranſactio de futuris alimentis eſt prohibita Diui Marci Oratione *per leg. 8. de tranſact.* atqui in cauſa fauorabili, vtpote cum agitur de alimentis alimentario conſeruandis, nomine alimentorum omnia continentur, ſine quibus nõ poteſt omnino vel ſatis commode viui, vt ſunt cibaria, habitatio, calcearia, veſtiaria, *l. legatis. ff. de aliment. & cibar. legat.*

Quocirca, etſi verba *dict. §. vltim.* ſint generalia & abſque limitatione concepta; tamen iuxta textum *dict. §. 6.* diſtinguentis, erunt reſtringenda atque de ea tranſactione accipienda, qua conditio tranſigentis efficiatur melior: cum in toto iure generi per ſpeciem derogetur *l. in toto. ff. de R. Iur.*

Hoc porro, quod dictum eſt, valere tranſactionem ſine prætoris cognitione, ſi melior exinde tranſigentis conditio fuerit effecta, ad alienationem rerum Eccleſiaſticarum extendendum non eſſe monet Autor noſter, ſic vt illa valeat ſi Eccleſiæ conditio ex eiuſmodi alienatione effecta fuerit. Hoc vero ideo quia huiuſmodi rerum alienatio ſimpliciter prohibetur *tot. titul. Cod. de reb. Eccleſ. non alienando & leg. 14. cum ſeq. Authent. C. de SS. Eccleſ.* quemadmodum rerum pupillarium in *leg. 1. ff. de reb. minor.* Non igitur quærendum, an conditio Eccleſiæ melior, an deterior facta ſit, vt rata ſit alienatio rerum Eccleſiaſticarum, ſed ſufficit quod ſine ſolennitate, quæ legibus requiritur, facta ſit, vt nulla dicatur ipſo iure. Alia eſt ratio tranſactionis de futuris alimentis: hanc enim prohibet Diui Marci conſtitutio ſine decreto prætoris fieri, ſed eam non ſimpliciter prohibet, verum addit, ne intercipiantur alimenta. Vnde ſequitur, quod ſi tranſactio facta ſit, non vt intercipiantur alimenta, ſed vt conditio alimentarij melior redda-

Qu. 41. *An valeat rerum Eccleſiaſticarum alienatio, ſi ex ea melior efficiatur conditio Eccleſiæ?*

Digitized by Google

reddatur, & reuera melior effecta ſit, non reſcindatur tranſactio, de his alimentis facta, quamuis prætoris decretum non interuenerit Duarenus *d. cap. 3. de tranſact.*

Idem quoque de dote aſſerendum: quod nempe alienatio eius lege Iulia primum, deinde conſtitutione Iuſtiniani prohibita non valeat, etſi exinde conditio mulieris facta ſit deterior, quoniam & hæc alienatio ſimpliciter improbatur, non vt tranſactio de alimentis, cum additione. Cæterum de dote tranſigere nulla conſtitutione prohibitum, nec etiam eadem ratio in dote eſt, quæ facit vt ſine prætoris cognitione tranſigere non liceat, vt ex prædictis colligere difficile non eſt; & cum ſit regula quod de quibuſuis rebus transigere ſit permiſſum de quibus transactio expreſſe & nominatim legibus non eſt interdicta, ideo de dote quoque tranſigere licebit, vt quæ nullibi reperiatur ab iſta regula excepta.

Qu. 42. *An de futuris alimentis, in teſtamento relictis, tranſactio ſit prohibita?*

An vero ſicut de futuris alimentis in teſtamento relictis tranſactio eſt prohibita, ita quoque de iiſdem gratuita pactio ſit interdicta, difficilis eſt quæſtio? nam Iacobus Cuiacius, Hotomannus & Æguin. Baro in *d. l. 8.* Coler. in *tractat. de aliment. lib. 2. cap 8. numer. 48. & ſequent.* pactionem æque, atque tranſactionem de futuris alimentis, in teſtamento relictis, illicitam eſſe contendunt.

Quorum argumenta hæc ſunt.

1. De quibus rebus non licet tranſigere, de iiſdem nec paciſci permittitur: *tit. 5. lib 1. ſentent. Pauli*: atqui de futuris alimentis, in teſtamento relictis, non licet trãſigere ſine prætoris cognitione. Quare nec paciſci de illis licebit.

2. Vbi ratio eſt eadem, ibi quoque eadem eſt iuris diſpoſitio: iam vero quoad propoſitum, in pacto eadem eſt ratio, ob quam de alimentis transigere prohibetur, cum pactione gratuita non minus, quam tranſactione, immo multo magis alimenta, cõtra defuncti voluntatem intercipiantur, vltimæq; defunctorum voluntates, quas exitum ſortiri publice atque priuatim intereſt, euertantur; ſiquidem ex tranſactione alimentarius pro alimentis aliquid accipit, *l. 38. C. de tranſact.* ex pactione vero gratuita nihil. Quocirca de alimentis in teſtamento relictis pactio multo magis, quam tranſactio interdicta erit.

3. Si donatio alimentorum, ne quidem coram prætore, eoque aſſentiente ac permittente facta valet, multo minus valebit ea, quæ fit per pactum ſine prætore: iam vero certi & explorati eſt iuris, quod donatio alimentorum non valeat, quamtumuis eam prætor admittit, *d. l. 8. §. ſi prætor, 17.* multo minus itaque valebit pactio gratuita ſine prætore.

4. Pactum fieri debet de re certa, *l. 1. ff. de tranſact.* vbi Vlpianus: *Qui paciſcitur,* inquit, *donationis cauſa rem certam, atque indubitatam liberalitate remittit.* At quod alimentorum cauſa debetur, id propter incertum vitæ alimentarij ſpacium, incertum eſt, quia finem alimentorum legato, alimentarij mors adfert, *d. l. 8. §. modus.* Igitur de alimentis futuris paciſci non licet; ſed ſolum de præteritis, *l. 7. C. de tranſact.*

5. Si ea mens fuit & intentio D. Marci, vt nec pignus, pro alimentis obligatum, ſine cognitione prætoris liberari poſſit, multo minus permittere voluit, vt principale alimentorum debitum pacto gratuito remitteretur: ſed antecedẽs eſt verum, *d. l. 8. §. 15.* quare ſequitur & poſterius.

6. Si facilius admittitur tranſactio quam pactio gratuita, ſequitur quod tranſactione prohibita, multo magis cenſeatur prohibita pactio: atqui tranſactio facilius permittitur quam pactio, vti clare ex *leg. 12. Cod de tranſaction.* relucet, in qua adminiſtratoribus ciuitatum

Digitized by Google

tranſactio permittitur, pactio vero interdicitur: ergo prohibitâ tranſactione de alimentis futuris, multo magis pactio de iiſdem prohibita cenſetur.

7. Denique cum diſtractio fundi in alimenta relicti ſine prætoris cognitione ſit licita, *l. 8. §. 15. ff. de tranſact.* nec pactio gratuita de alimentis valebit; cum illâ non in totum alimenta interuertantur alimentario, nec voluntas defuncti omnino circumueniatur: hac vero, pactione aliquam, donandi cauſa interpoſitâ, alimenta in totum interuertantur, vltimaque defuncti volūtas impediatur.

Cæterum, his non obſtantibus, verior eſt ac tutior contraria opinio, quod nempe de futuris alimentis, in teſtamēto relictis, gratuita pactio valeat: eamque ex neotericis defendunt Donellus in *leg. 8. C. de tranſact.* Franc. Connan. *lib. 5. comm. 7. n. 7.* Scipio Gentil. in *tractat. de aliment. c. 4.*

Argumenta huius opinionis hæc ſunt.

1. Regulariter ea, quæ non prohibentur, ea permiſſa cenſentur, *leg. Mutus, 43. §. 1. ff. de procurat. leg. 1. ff. de teſtib.* atqui pactio de alimentis futuris, in teſtamento relictis, gratuita nuſpiam in iure prohibetur: igitur permiſſa intelligitur.

Reſpondet quidem Hotomannus, etſi oratio Diui Marci de tranſactione ſolum & non etiam expreſſe de pactione ſit concepta, ob identitatem tamen vel maioritatem rationis, ex mente etiam Diui Marci extenſionem illius orationis etiam ad pactum gratuitum eſſe faciendam; eo quod conſilium Diui Marci fuerit proſpicere & cauere, ne alimenta per tranſactionem intercipiantur; ideo voluerit multo magis prouidere, ne per pactum donationis cauſa factum, totum alimenti legatum remitteretur & omnino intercideret, maxime quia, ſi quod min⁹ lædit prohibetur, multo magis id, quod grauı⁹ lędit, prohibitum intelligatur.

Veruntamen parum hoc ad rem facit, nec argumentum noſtrum infringit: negamus quippe ac pernegamus in pacto rationem illam, ob quam de alimentis tranſactio eſt prohibita, militare: vera enim ratio, quo Oratio Diui Marci nititur, hæc fuit, quod alimentarij modico aliquo præſente contenti, FACILE ad tranſigendum adducerentur, *d. l. 8. princ.* atq; ita per tranſactionem alimenta FACILE interciperentur vltimæq; defunctorum voluntates circumuenirentur; quæ ratio in pactione donationis cauſâ factâ, non perinde locum ſibi vindicat: ſiquidem hominum ea eſt natura, vt non facile donent, ſuaſq; res iactent; *l. cum de indebito, ff. de probat.* hinc SenatusConſulto Vellejano mulier intercedere ſeu fideiubere prohibetur: at donare non prohibetur, quia facilius ſe mulier obligat, quam donat, *l. 4. ff. ad SC. Vellejan.* Sic etiam lege Iulia fundum dotalem cōſenſu mulieris alienare permittebat, *pr. Inſt. quib. alien. licet vel non.* quia nempe facilius vxor conſentit in oppignorationem, quā in alienationem fundi dotalis. Conſimiliter itaq; & hoc loco Senatus de alimentis tranſigere prohibuit, paciſci vero nō prohibuit, quia facilius alimentarius, aliquo præſente accepto, de alimentis trāſacturus, quam pacto gratuito eadem remiſſurus & donaturus videbatur.

Nec eſt, quod quis hic inſtet: fieri tamen nihilominus cōtra voluntatem teſtatoris, ſi de alimentis pactio fiat gratuita, quia hoc modo multo magis intercipiantur alimenta, quam cum modicū aliquod viciſſim pro alimentis accipitur, prout fit in tranſactione. Reſp. Nam, vt bene poſt Donellum reſpondit Scipio Gētilis, licet vnicuiq; beneficium alienū repudiare in totum, etiā inuito eo, quod dedit: cum inuito beneficium non detur: at beneficium oblatū repudiare ex parte, id quod per tranſactionē fieret, minime licet; cum ſit inciuile beneficio alieno con-

Digitized by Google

contra voluntatem eius, à quo proficiſcitur, vti; partemque eius acceptare & partem repudiare. Quocirco totum alimenti legatum repudiare pacto fas eſt: at partem duntaxat eius tranſigendo repudiare & partem retinere, integrum non eſt.

2. Hinc igitur pro ſuperiori ſententia ſic recte infertur: vbi diuerſa eſt ratio, ibi quoque diuerſum ius conſtitui debet: atqui diuerſa eſt ratio, quoad alimenta futura, tranſactionis & pactionis, vt ex hactenus dictis liquido conſtat, igitur non immerito diuerſum ius in pactione & tranſactione ſuper alimentis conſtituitur: vel hoc modo: vbi deficit ratio prohibitionis, ibi quoq; deficit ipſa prohibitio. Atqui in pacto gratuito deficit ratio, qua ſuper alimentis tranſactio prohibetur: ergo etiam ipſa prohibitio in gratuito pacto deficit.

3. Accedit quod cuiuis ſit liberum res ſuas diſſipare, donare, egere denique *l. in re mandata, C. mandati.* Igitur cuiuis quoq; permiſſum erit alimenta, ſibi teſtamento relicta, pacto gratis & donationis ergò remittere heredi.

Et quanquam hactenus ſolum liceat domino de rebus ſuis, pro ſuo arbitrio diſponere, quatenus lex permittit, *arg. §. fin. Inſtit. de his qui ſui vel alien. iur. & tot. tit. Inſt. quib. alien. licet vel non.* nulla tamen lex eſt, quæ de futuris alimentis, in teſtamento relictis, gratuito paciſci prohibeat.

4. Poſtremo ſi alimentis futuris, in teſtamento relictis, pactio gratuita non valeret, ſequeretur legatarium, cui ſunt alimenta relicta, non poſſe legatum alimentorum repudiare, ſed cogi etiam inuitum illud agnoſcere & acceptare: at hoc abſurdum, cum nemo legatariorum cogatur inuitus legatum agnoſcere, ſed in libera cuiuſque ſit poteſtate acceptare illud, vel repudiare: Igitur abſurdum erit & illud.

Ad primum contrariæ opinionis argumentum reſp. Textum ex *tit. 5. lib. 1. ſent. Pauli* male à Cuiacio citari: cum illic Paulus *de his*, dicit, *rebus paciſci poſſumus, de quibus tranſigere:* At non contra, de quibus rebus tranſigere non licet, de ijs nec pactio valebit. Etenim de rebus incertis atque dubijs ſolum, non etiam de certis atque indubitatis tranſigere licet; at paciſci non ſolum de incertis, atque litigioſis permittitur, verum etiam de rebus certis atque indubitatis *l. 1. ff. de tranſact.* quin & ipſe Paulus eodem in *titu. 1. circa finem*, ſatis aperte docet, de quibuſdam rebus paciſci licere, de quibus tranſactio prohibetur: *De re iudicata*, inquit, *vtpote quæ habetur pro veritate, non licet tranſigere; ſed paciſci tantum.*

Ad ſecundum reſpon. Aſſumptionem negando: cum per pactum gratuitum non tam facile alimentum alimentario interuertatur ac intercipiatur, atque per tranſactionem, vt paulo ſupra fuit luculenter oſtenſum, cum non tam faciles ſint ad donandum homines, quam ad tranſigendum; & facilius adduci poſſunt, vt modico aliquo præſente contenti, incertum futurum, licet magnum remittant, quam vt id, quod offertur, nullo viciſſim accepto, gratis remittant: Iam vero tranſactio de futuris alimentis non idcirco prohibita eſt, ne omnino alimenta interciperentur; alioquin nec de præſentibus alimentis tranſactio foret licita; ſed ne FACILE interciperentur: atque huic facilitati tranſigendi occurrere voluiſſe D. Marcum, teſtis eſt locupletiſſimus Vlpianus in *d. l. 8. princ. ff. de tranſact.* vbi in hæc verba ſcribit: *Cum hi, quibus alimenta relicta erant FACILE tranſigerent, modico aliquo contenti, D. Marcus oratione in Senatu recitata. efficit, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quam auctore prætore facta.*

Ad tertium reſpon. Regulam illam iuris, cui non licet, quod minus eſt, eidem quoque non licebit, quod maius eſt,

itemque argumentum à maiori ad minus & viceuerſa, ibi demum procedere, vbi eadem eſt ratio maioris & minoris, non vero vbi eſt ratio diuerſa, vt hic; ita enim argumentum à prohibita oppignoratione fundi dotalis ad prohibitam alienationem, ex L. Iulia olim non procedebat, quia diuerſa erat ratio oppignorationis & alienationis. Sic etiam à prohibita mulieris interceſſione ad prohibitam donationem argumentum ex S̃cto Velleiano non procedit, quia diuerſa eſt ratio interceſſionis & donationis, *l. 4. ff. ad SC. Velleianum.* Accedit huic quod in textu, *d. l. 8. §. 17.* reſpectus fiat ad prætorem, non ad alimentarium: & donatione interdicat prætori, non vero alimentario.

Ad quartum reſp. Argumentum iſtud falſa niti hypotheſi, quod nempe pactio gratuita non poſſit de re incerta & litigioſa fieri; contrarium quippe luculenter oſtendunt, *l. 6. §. 3. ff. de his qui not. infam. l. Tranſigere, 18. C. de Tranſact.* vbi de crimine & accuſatione criminis pactio admittitur.

Ad quintum reſp. Negatur procedere conſequentiam à prohibita oppignoratione fundi alimentarij ad prohibitam pactionem gratuitam. Quoniam & hic diuerſiſſima eſt ratio vtriuſque, cum longe facilius induci poſſit alimentarius ad conſentiẽdum in oppignorationem fundi in alimẽta relicti, quam ad alimenta, gratuito per pactionem remittenda.

Ad ſextum reſp. interdum facilius permitti, aliquo viciſſim accepto vel retento tranſigere, quam gratis & donandi cauſa paciſci, vt in *dict. l. 12.* Verum non ſemper, nec perpetuo: non certe hic, ob rationem ſupra adductam & aliquoties repetitam. Hæc ſiquidem facit, vt plus ſit tranſigere, quam paciſci gratis.

Ad ſeptimum reſpond. Eodem plane modo, quo ad tertium reſpondetur etiam ad vltimum, deductum à prohibita diſtractione fundi in alimenta relicti, ad pactionem de alimentis gratuitam: facilius quippe diſtrahet alimentarius fundum in alimenta relictum, modico præſente contentus, quam alimenta pactione liberali remittet.

RESOLVTIO THESIS *Sexta.*

ILlis præterea rebus, de quibus tranſactio interdicta eſt, annumerantur crimina non capitalia, ita enim Impp. in *l. 18. C. de tranſact.* reſcribunt, *tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepta adulterio prohibitum non eſt. In alijs autem publicis criminibus*, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem. *Lit. A.*

Sed vtrum de capitalibus criminibus tranſactio ſit prohibita, prius videamus. **Qu. 43. An de capitalibus criminib. trãſactio ſit licita?**

Capitalia crimina alias dicuntur, quorum pœna adimit caput naturale, vel ciuile: & vt Iuſtinianus ait, quorum pœna vltimo ſupplicio afficit homines, aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo *§. 2. Inſt. de publ. iudic. & l. 2. ff. eo.* contra vero crimina non capitalia, quorum pœna nec naturale, nec ciuile caput adimit, ſed aut infamiam irrogat, aut damnum pecuniarium. At hoc in loco, vbi de trãſactione ſuper criminibus publicis agitur, capitalia crimina dicuntur, quę ſanguinis, hoc eſt mortis, pœnam ingerunt, & animæ vitæq; amiſſioné adferunt. Nõ capitalia autem, quæ ſanguinis mortiſque pœnam non inferunt, *l. tranſigere 18. C. de tranſ. iunct. l. 1. ff. de bonis eorum, qui ante ſent. & l. fin. ff. de prauaricat.*

De capitalibus igitur criminibus, an tranſactio ſit licita? quæritur.

Negatiuam tenet Franciſc. Hotomannus in *Illuſtr. quæſt. 23.* vbi neque ante conſtitutum iudicium, neq; poſt litis conteſtationem ac iudicium cõſtitutum tranſactionem

ſactionem de criminibus capitalibus licitam eſſe contendit: idq; hiſce argumentis defendere nititur.

1. Quicunq, ob non accuſandum pecuniam accipit, concuſſionis tenetur *l. 1. ff. de concuſſ.* & qui ob nō accuſandum pecuniam accipit, quaſi turpem quæſtum fecerit, ab accuſatione remouetur, *l. 8. ff. de accuſ.* & cui ob non inſtituendam accuſationem pecunia promiſſa eſt, pecunia denegatur, *l. 9. C. de contrah. & committ. ſtipul.*

Iam vero per tranſactionem criminum capitalium datur & accipitur pecunia ob non accuſandum, *l. 38. C. de tranſact.* Ergo de capitali crimine tranſigens & tranſigendo, ob non accuſandum, pecuniam accipiens, cōcuſſionis tenetur & turpem quæſtum feciſſe exiſtimatur, ac per conſequens de criminibus capitalibus illicita eſt tranſactio.

2. Pactis priuatorum non debet lædi ius publicum, *l. 38. & l. 7. §. ſi paciſcar. ff. de pactis.* Atqui tranſactione ſuper crimine capitali læditur Reſpublica, cum eius interſit crimina, præcipue atrocia & capitalia, puniri, *l. ita vulneratus. ff. ad L. Aquil.* ergo tranſactio de criminibus capitalibus permiſſa non eſt.

3. Qui pactione accuſationem deſerit, in Turpillianum Sctum incidit, *l. 6. l. 15 ff. ad SC. Turpill. l. 2. & l. pen. C. eod. l. ſerui. 23. C. de adult.* cuius pœna eſt infamia, mulcta pecuniaria & extraordinaria coercitio *dict. l. 2. l. 3. de præuar. l. 1. & 2. C. vt int. cert. temp.* atqui actor tranſigens, de crimine capitali, accuſationem deſerit. Ergo in SC. Turpill. incidit.

4. Qui accuſant, illi cauent, & quidem iudici, ſe perſeueraturos vſque ad ſententiam, & pœnæ talionis ſubijciuntur, *l. ſi cui, 7. ff. de accuſat. l. vltim. C. eod.* ergo qui cœpit accuſare, non poteſt impune iudicium & inſtitutam accuſationem tranſigendo deſerere.

5. Accedit hiſce, quod Diuus Imperator Antoninus conſtituiſſe legitur, vt ſi reus aduerſario pecuniam in cauſis, aut publicis, aut priuatis dederit, lis pereat & actio amittatur, *l. 1. C. de pœna iudic. l. 1. § 2. ff. de calumn.*

6. Qui pecunia cum accuſatore paciſcitur, fateri crimen videtur, & pro confeſſo ac conuicto habetur, *l. 5. ff. de his qui not. infam.* quod cum illic conſtitutum ſit in criminibus priuatis, multo magis obtinebit in criminibus publicis capitalibus, vt quæ illis multo ſint atrociora.

7. In *l. fin. ff. de præuaricat. & l. eius qui delatorem. ff. de iure fiſci*, diſertis verbis dicitur: *Eum qui in cauſis fiſcalibus delatorem corrumpit, pro conuicto haberi.* Iam vero, qui cum accuſatore de criminibus capitalibus tranſigit, corrumpit delatorem ſuum. Ergo de criminibus capitalibus publicis non licet reo impune tranſigere.

8. Quin etiam tranſactio de crimine capitali reo plane eſt inutilis, nullumque omnino effectum habere videtur. Quoniam is, qui cum delatore & accuſatore ſuo paciſcitur, ac tranſigit, alij cuiuis aduerſario expoſitus eſt, ac cuiuſuis alterius perſecutioni patet atque obiectus eſt, cum publica iudicia dici conſtet ea, quæ cuiuis è populo patent *l. 1 ff. de public. iudic.* priuata autem pactione non læditur ius cæterorum, *l. 3. prin. ff. de tranſact. l. 27. §. 4. ff. de pactis.* Et inſuper priuata conuentione publica coërcitio tolli nequit, *l. 5. ff. de pact. dotal.* nec licet de ijs rebus, quæ publicam læſionem attingunt, paciſci *l. 7. §. ſi paciſcar. & l. 27. §. pacta ff. de pact.* ſed de ijs demum rebus negocium recte geritur, quæ in priuatorum ſunt commercio, *l. inter ſtipulantem, 83. §. ſacram ff. de verb. obligat.*

9. In *l. 2. C. de Abolit.* Imperator Conſtantinus expreſſe ſcribit: *Si accuſator pecunijs à reo corruptus, ad poſtulandam abolitionem venerit, redemptæ miſerationis vocē minime admitti, ſed aduerſus innocentē reum,* inqui-

inquiſitione facta, pœnam competentem ingeri debere. Quare accuſator tranſigendo accipiens pecuniam, volenſque deſiſtere, non auditur; ſed aduerſus reum nocentem, inquiſitione inſtituta, pœna competens ingeritur.

10. In *l.3.C.de abolit.* ait Imperator, abolitionem etiam conſenſu rei, ſiue accuſati, non debere concedi in crimine maieſtatis, patriæ oppugnatæ, vel proditæ & ſimilibus. Vnde colligendum videtur de crimine maieſtatis, patriæ oppugnatæ & proditæ, quę crimina capitalia ſunt, tranſigere non licere.

Cæterum, his non obſtantibus, verior eſt contraria affirmatiua opinio: quod nempe de criminibus capitalibus impune tranſigere liceat: eaque ſequentibus hiſce fundamentis defenditur.

1. Primo Diocletian. & Maximin. Imperatores in *l.tranſigere, C.de tranſact.* in hæc verba ſcribunt: *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali,* excepto adulterio prohibitum non eſt. Et quamuis Franciſc. Hotoman. receptæ, atque conſtanti huius L. lectioni manum violentam adhibeat & particulam NON, in poſteriore verſiculo poſitam, in præcedentem verſiculum reijciat: ita, vt, cum in omnibus tam expreſſis quam MSC. exemplaribus hoc modo legeretur, *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt: in alijs autem criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.* Hotomannus, mutata hac lectione, & particula negatiua, vti diximus, tranſpoſita, ſic legendum cenſeat, *Tranſigere vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In alijs autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.*

Quaſi in citata *l.18.* Imperat. duas haſce contrarias propoſuerint regulas. 1. Licere actori de crimine non capitali tranſigere. 2. Non licere tranſigere de crimine capitali.

Veruntamen correctio iſthæc omnibus viris doctis, qui de hac controuerſia, poſt Hotomannum, ſcripſerunt, vt nimis dura, violenta ac diuinatoria diſplicuit. Nec immerito.

Præterquam enim, quod lectioni & emendationi huic vniuerſa exemplaria, non modo expreſſa, ſed manuſcripta etiam refragentur: altera vero lectio ſit conſtans, atque ab omnibus recepta & probata; non etiam rationes habuit ſat graues prægnantes Hotomannus, ob quas à vulgari lectione recederet, vti liquido apparebit, cum ad argumenta ipſius reſponderimus. Accedit etiam *l.1.ff.de bonis eor. qui ante ſentent.* in qua Vlpian. in hæc verba ſcribit: *In capitalibus criminibus à principibus decretum eſt, non nocere ei, qui aduerſarium corrupit; ſed in his demum quæ pœnam mortis continent. Nam ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit.* Quæ verba manifeſte oſtendunt veram eſſe lectionem vulgarem & receptam, contra vero emendationem nouam Hotomanni lectionem eſſe falſam, atque in *d.l.tranſigere 18.* duas haſce regulas, Hotomanni regulis è diametro contrarias, proponi.

1. In capitalibus criminibus licitam eſſe & impunitam tranſactionem. 2. In non capitalibus tranſactionem illicitam & prohibitam eſſe.

2. Confirmat præterea ſententiam noſtram admodum perſpicue *l.1.§.3.ff. de calumniat.* vbi ita Vlpianus: *Sed & conſtitutio Imperatoris noſtri, quæ ſcripta eſt ad Caſſium Sabinum prohibuit iudici vel aduerſario in publicis vel priuatis vel fiſcalibus cauſis pecuniam dare & ex hac cauſa litem perire iuſſit: nam tractari poteſt, ſi aduerſarius non per calumniam, tranſigendi animo accepit, an conſtitutio ceſſet, & puto ceſſare, ſicut hoc quoque iudicium. Neque enim*

tranſ-

Digitized by Google

tranſactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus. Vnde luce meridiana clarius relucescit, tranſactionem de criminibus capitalibus legibus interdictam non eſſe.

3. Accedit denique ratio iuris & æquitatis manifeſta, quod nempe vnicuique licitum ſit ac permiſſum ſanguinem ſuum quolibet modo redimere: ſic enim *lib. 8. diſputat.* Vlpianus ſcribit: *In capitalibus criminibus à principibus decretum eſt, non nocere ei qui aduerſarium corrupit; ſed in ijs demum, quæ pœnam mortis continent. Nam ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptū voluit, l.1.ff.de bon.eor.qui ante ſent.*& in *l.fin. ff. de prævaricat.* idem Vlpianus reſpondit: *In omnibus cauſis, præterquam in ſanguine, qui delatorem corrupit ex S C. pro conuicto haberi.* Idemque Cicero confirmat, *Omnem*, inquiens, *honeſtam rationem eſſe expedienda ſalutis, neque reprehenſionem mereri ſtudium retinendi diuturniorem vitæ vſuram, & cum ea diuiniſſimam animæ & corporis ſocietatem, in orat. pro Milone.* Et *lib. 1. de offic. Omni* ait, *animantium generi à natura tributum eſſe, vt ſe vitam & corpus tueantur.* Quapropter relinquitur tranſactionem de criminibus capitalibus non modo non prohibitam, ſed legibus etiam expreſſe permiſſam, ipſique rationi & æquitati per omnia conuenientem eſſe.

Ad Hotomanni Argumenta ſic reſpondendum.

Ad primum reſpond. Non tranſactionibus, ſed ſordidis concuſſionibus interdictum eſſe, *l. 1.§.3.ff.de calum.* quare quod in *l.2. ff. de concuſſ.* dicitur; *Eum qui ob non accuſandum pecuniam accepeit concuſſionis teneri.* Et quod in *l.8.ff.de accuſ.* Ictus ait: Eum, qui ob non accuſandum pecuniam acceperit, quaſi turpem quæſtum fecerit, ab accuſationibus remoueri: & quod denique in *l. 9. C.de contrah. & commit. ſtipul.* Impp. ſcribunt: *Ei, cui, ob inſtituendam accuſationem, pecunia promiſſa eſt, petitionem denegari.* Hæc, inquam, & eius generis alia intelligi non debent de illis, quæ tranſactionis, ſed quæ ſordidæ concuſſionis nomine data aut promiſſa ſunt; cum vt modò ex Vlpiano relatum eſt, non tranſactionibus, ſed ſordidis concuſſionib. ſit interdictum *d.l.1.§.3.ff.de calum.*

Ad ſecundum reſpond. Aſſumptionem negando: quia tranſactio de crimine publico non liberat reum ab accuſatione publica, ſi alius eum repetere ac denuo accuſare velit; nec etiam iudici obſtat, quo minus is ex officio inquirere & in eum animaduertere poſſit; ſed tranſigenti ſolum, iterum agere volenti, impedimento eſt. Quapropter eiuſmodi tranſactione Reſpublica non læditur, nec efficitur vt delicta maneant impunita. Vnde etiam concedendum non eſt, quod is, qui ſuper crimine capitali tranſigit, de republica paciſcatur, cum hoc ſolum agat, ne ipſe in poſterum accuſet, quod factum eius priuatum eſt, & non publicum. Priuata igitur ſolum aduerſarij paciſcentis accuſatio tranſactione remouetur: cauſa vero publica, hoc eſt executio & accuſatio criminis integra populo relinquitur. Donell. in *l.18.n.4.C.hoc tit.* nec obſtat quod tranſactio vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem, C. de tranſact.* res autem iudicata omnibus præiudicet: reſpond. nam antecedens tantum eſt verum quoad ipſos tranſigentes, quorum reſpectu tantundem operatur tranſactio, quantum res iudicata, *l.3.princ. ff. hoc tit.* Idem quoq; reſpondendum eſt, cum obijcitur, quod tranſactio eandem vim habeat, quam iuramentum: hoc autem in actionibus popularibus omnibus præiudicet, *l.3.ff.de pop.act.* nam tranſactio vim habet iuramenti ſolum inter tranſigentes, alijs vero, vt dixi, nil quicquam præiudicat, *d.l.3.pr.*

Deinde ad argumentum ſuperius reſpondet

ſpondet Alciatus, ex vna parte eſſe fauorem publicum, qui ſuadeat vt delicta puniantur; ex altera vero parte eſſe humanitatem, quę vnicuiq; permittat ſanguinem ſuũ qualiter qualiter redimere, *l.1.de bon. eor.qui.* Et in hanc poſteriorẽ partẽ inclinare ſanctius & humanius eſſe: maxime cũ capitalium criminum ſit odium, *l. famoſi, ff. ad L.Iul.Maieſt.* quapropter Reipublicæ intereſſe, vt delicta puniantur, niſi aliquo caſu humanitas aliud ſuadeat.

Denique Iohannes Borcholt reſpondendum putat; propter tranſactionem crimina non omnino impunita relinqui, propterea, quod reus, qui tranſigat, aliquid det, ne alter accuſet, vel vt delator ab accuſatione deſiſtat. Verum his duabus poſtremis ſolutionibus primam Donelli & Gilckenij tutiorem, illiſq; omnino præferendam putarim.

Ad tertium reſpond. Donellus & poſt eum Iohann. Borcholt. Etſi alias ab accuſatione deſiſtens incidat in SCtum Turpillianum, vt allegatæ L L. probant: id tamen ad eum non pertinere, qui Imperatoris permiſſu ab accuſando deſtiterit: nam hoc ita Vlpianus in *l.deſtitiſſe, ff.ad SC. Turpill. Qui permiſſu,* inquit, *Imperatoris ab accuſatione deſtitit, impunitus eſt.* Iam vero qui de criminibus capitalibus cum reo tranſigens deſiſtit ab accuſando, facit hoc permiſſu Impp. in *l.18.C.de tranſact.* & iuris publici authoritate, *l.1.§.3.ff.de calumn.* Ergo non incidit in SCtum Turpillianum. Denique omnes textus, in quibus dicitur, eum qui ab accuſatione deſiſtit, incidere in SCtum Turpillianum, loquuntur generaliter de deſiſtente; nullus vero illorum de eo, qui tranſigendo deſiſtit, idcirco, quo minus tranſigens à regula illorum textuum excipiatur, nihil omnino impedimento eſt: quin imo hoc faciendum eſſe, arguit *d.l.18.C.hoc titu.* & *dict.l.1.§.3. de calumn.* In toto quippe iure generi per ſpeciem derogatur, vt habet regula iuris, *l. in toto. ff. de regulis iuris.*

Ad quartum reſpond. Eos, qui accuſant, cauere quidem ſe perſeueraturos, vſque ad ſententiam pœnæque talionis ſubijci, ſi ab accuſando deſiſtant, ſed hoc ita, niſi litem cum aduerſario & reo accuſato amicabili tranſactione componere, & ſic ab accuſatione deſiſtere velint, iuxta *dict. l. 18. C. de tranſact.* & *l. deſtitiſſe. ff. ad SC. Turpill.* ſiquidem ſubſcriptio in crimen non obſtat, quo minus quis authoritate iuris ac permiſſu Imperatoris citra pœnam talionis accuſationem deſerere poſſit, *d.l.deſtitiſſe.* Atqui cum reo tranſigit, deſiſtit ab accuſatione, iuris publici autoritate & Impp. permiſſu, *d.l.18.*

Ad quintum reſpond. Eodem modo, vti ad primum reſponſum fuit, ex *d.l.1.§.3. ff.de calumn.*

Ad ſextum reſpon. Quod in *l.5.ff.de his, qui notat. infam.* dicitur: eum, qui pecunia cum aduerſario paciſcitur, videri crimen fateri ac pro conuicto & confeſſo haberi; id de priuatis criminibus eſſe dictum: ad delicta vero publica capitalia nequaquam trahi debere, cum diuerſa ſit ratio horum & priuatorum criminum. Etenim permiſſum eſt cuiuis qualiter qualiter ſanguinem ſuum redimere, *l.1.ff.de bo.eor.qui ante ſent.* creditur enim in vitæ diſcrimine conſtitutus non ſceleris conſcientia paciſci aut tranſigere, Duaren, *de tranſact. cap. 2.* cumque confeſſus crimen videatur, qui de eo tranſigit, ſic vt omnino damnandus ſit, noluit lex in quenquam hoc vltimum ſtatui ſupplicium, niſi qui certiſſimis probationibus conuinceretur, ne quis periret innocens, dum ſua confeſſione aut criminis tranſactione quaſi ſponte ſua ſe offerret periculo, quod qui faciunt, ſibi quodammodo videntur manus afferre, Conan. *lib. 5. comm. iur. ciuil. capit. 7. numer. 2.*

mer. 2. At vero hæc ratio & coniectura in priuatis delictis penitus ceſſat, Quapropter cum diuerſa ſit ratio publicorum capitalium & priuatorum criminum, non procedit argumentum à maiori ad minus.

Ad ſeptimum reſpondet ipſemet Vlpianus in citata *l. fin. ff. de præuaricat. In omnibus cauſis, præterquam in ſanguine, qui delatorem corrupit, ex SCto pro conuicto haberi:* cuius reſponſi ſui hanc rationem reddidit, in *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſentent.* vbi ait: *In capitalib. criminibus à principibus decretum eſt, non nocere qui aduerſarium corrupit: ſed in his demum, quæ pœnam mortis continent. Nam ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit.* Quod igitur alias generaliter hinc inde dicitur, illum qui aduerſarium corrupit, pro conuicto haberi, id ad capitalia crimina trahendum non eſt, vt quæ nominatim in prædictis legibus excipiantur; ſed præciſe ad delicta non-capitalia reſtringi debet.

Ad octauum reſp. Tranſactionem de criminibus capitalibus non omni omninò effectu deſtitui: ſed reo ſummum adferre commodum. Etſi enim non præiudicet tertio, quo minus is reum accuſare & deferre poſſit: nec iudicem impediat ex officio in facineroſum inquirere & animaduertere. Interim tamen reus ab acccuſatore tranſigente liberatur; ſic vt quamuis idem poſtea reum denuo accuſare velit; id tamen non poſſit; obſtante ei tranſactionis placito. Quod ſi igitur per tranſactionem, accuſatore ab accuſatione remoto, alius nemo reum accuſet: vel quod nemo præterea delicti ſcientiam habeat: vel quod neceſſarijs probationibus, quibus reum delicti conuincat, deſtituatur, aut talionis pœna ab accuſando deterreatur. Magiſtratus etiam, vel quia delictum commiſſum ignoret, vel quia reum fauore proſequatur, in delictum ex officio inquirere nolit aut non poſſit; tranſactio vtique reo plurimum proderit, cumque à pœna delicti liberabit.

Ad nonum reſpond. Allegatam *l. 2. C. de abolit.* accipiendam de criminibus publicis pœnam ſanguinis non ingerentibus: non obſtante eo quod illic in reum inquiſitio nihilominus inſtituatur, adeoque pro conuicto non habeatur; cum tamen reus de crimine non capitali tranſigens pro confeſſo, ac conuicto haberi debeat, *l. eius qui delatorem, ff. de iure fiſci*, adeoque in illum nulla amplius inquiſitione ſit opus. Reſp. Nam etſi reus, delatorem ſuum corrumpens, pro confeſſo & conuicto habeatur, *d. l. eius qui delat.* inquiſitio tamen modica inſtitui & de crimine cognoſci & pronunciari debet, vti ex *d. l. eius qui delatorem*, liquido conſtat.

Ad poſtremum recte, meo iudicio, ac ſufficienter reſpódit Borcholt. *Legem 1. C. de abolit.* loqui de abolitione, non vero de tranſactione: Tranſactionem autem diuerſam eſſe ab abolitione perſpicuum eſt ex *l. 1. C. de abolit.* atqui tranſactio fit ſolum inter priuatos. Præterea etſi de crimine læſæ maieſtatis, patriæ oppugnatæ vel proditæ non liceret tranſigere, idque probaret *d. l. 3.* tamen vel exinde inferendum eſſet, de cæteris criminibus capitalibus licitam eſſe tranſactionem. Exceptio quippe confirmat regulam in caſibus non exceptis, *l. 12. prin. ff. de iudic.* & cum ex quibuſdam alia prohibentur, alia non prohibentur, quæ prohibita non ſunt, permiſſa intelliguntur, *l. mutus, §. 1. ff. de Procurator. l. 1. ff. de teſtam.* ſed de his infra ſuo loco pluribus dicetur.

A ſententia Franciſci Hotomanni, quã modo refutauimus, non longe abeſt Iacobus Ræuardus: nam is *lib. 4. varior. c. 6.* diſtinguit inter capitalia crimina, quæ principaliter publicam habent executionem.

Ppp 2 Et

Et ea, in quibus principaliter de re familiari agitur, ac de quibus etiam priuato iudicio experiri licet. Vt de his ſolum paciſci & tranſigere liceat: de illis vero, quæ publicam executionem continent, non item. Eo quod graue ſit delicta, quæ publice intereſt tranſactione occultari, noxam tolli & effici ne de eo crimine amplius ab vllo tractari poſſit. Vnde etiam Tertullianus. *Tu autem*, inquit, *pro eo paciſceris cum delatore vel milite, vel furunculo aliquo præſide ſub tunica & ſinu, quod aiunt furtiuo, quem coram toto mundo Chriſtus emit, immo & manumiſit*: & paulo poſt: *Paulus quidem cum Felix præſes pecuniam accepturum ſe pro eo à diſcipulis ſperaſſet, de quo & ipſe in ſecreto tractauit cum ipſo, neque ipſe pro ſe, neque diſcipuli pro eo numerauerunt.*

Eodemque ſpectare videtur illud Terentij in Phormione:

Soli ſumus nunc, hic, inquam, eho dic quid velis dari,
Tibi in manum vt herus his deſiſtat litibus.

Cæterum nec hæc opinio, Hotomanni ſententia, verior aut melior videtur, ijſdem fere principijs nititur, atque ijſdem fundamentis refellitur, quibus ſuperior Hotomanni. Non enim tranſactione ſuper capitali crimine noxa penitus tollitur, nec efficitur, quo minus in poſterum de crimine quæri aut tractari poſſit, vt hoc pluribus paulo ante demonſtratum fuit. Accedit præterea generalitas *L. transfigere*, quæ reſtrictionem eiuſmodi diuinatoriam plane non admittit. Nec ad rem quicquam faciunt loca è Tertulliano & Terentio citata: non enim iuris authoritatem habent. Nec valde vrgent *l. 1. & l. 21. ff. ad L. Cornel. de falſis.* Siquidem textus illos non de criminibus capitalibus, mortiſque pœnam præfixam habentibus; ſed de non-capitalibus accipiendos haud obſcure probant *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſentent. & l. fin. ff. de præuaricat.*

Cum igitur de criminibus capitalibus & ſanguinis pœnam irrogantibus permiſſam eſſe tranſactionem conſtet: quæritur nunc porro, an vtrique litiganti, an vero alterutri ſolum eorum de criminibus capitalibus licita ſit tranſactio? Qua de re extant tres Interpp. diuerſæ opiniones. Primo enim ſunt quidam, qui exiſtimant, ante accuſationem inſtitutam permiſſam eſſe tranſactionem & impunitam vtrique, accuſatori, inquam, & reo: at poſt inſtitutam accuſationem ſoli reo, non etiam actori, Gilckenius in *l. 18. num. 52.* ibidemq; Accurſius & Bartolus, *C. de tranſact.*

Qu. 44. *An vtriq; litigatori an vero alterutri dũtaxat, & cui trãſactio ſit permiſſa?*

Quorum fundamenta hæc ſunt.

1. Quod qui ob non accuſandum pecuniam acceperit concuſſionis teneatur, *l. 2. ff. de concuſſ.* Et quaſi turpem quæſtum fecerit ab accuſatione remoueatur *l. 8. ff. de accuſat. l. 9. C. de contrah. & committ. ſtipulat. l. 1. §. 3. ff. de calumn.*

2. Quod qui accuſationem deſerit, & ab accuſando deſiſtit, incidat in S C. Turpill. *l. 1. §. ſi quis autem. l. 15. ff. ad SC. Turpill. l. 2. & pen. C. eod. l. 23. C. ad L. Iul. de adulter.*

3. Quod Reip. interſit ne accuſationes temere deferãtur, *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Turpill.* & accuſatoris officio incumbat, ne temere rem in publicam notionem deferat, quę non eſſet inſtructa idoneis teſtib. aut munita apertiſſimis documentis, vel indicijs indubitatis, & luce clarioribus expedita, *l. fin. C. de probat.*

4. Quod in actore ceſſet ratio, *dict. l. transfigere 18.* cum actor non certet de ſanguine redimendo, vt reus, cui, vt aliquoties eſt dictum, propterea tranſigere licet, quod ſanguinem ſuum qualiter qualiter redimere cuiuis ſit permiſſum, *l. 1. de bon. eor. qui ant. ſent.*

Veruntamen ſententia hæc tolletari non poteſt.

1. Quod *l. 18. C. de tranſact.* generalis ſit & in criminibus capitalibus tranſactionem indif-

Digitized by Google

indifferenter permittat, nec quicquam inſinuet eius, quod actor tranſigere non poſſit: veriſimile autem non eſt, ſi illic reo ſolum cōceſſa fuiſſet tranſactio, quin Imperatores in eo loco, in quo ex profeſſo de tranſactione criminali agere cōſtituerant, id indicaturi fuiſſent.

2. Si reo licet impune tranſigere de crimine capitali, licebit quoque idem actori: quoniam cum quid conceditur lege, etſi nihil adiiciatur amplius; tamē ea omnia conceſſa intelliguntur, ſine quib⁹ prius illud expediri nō poteſt, *l. 2. ff. de iuriſdict.* atqui permiſſum eſt reo tranſigere vt fatentur aduerſarij: nec poteſt reus ſine actore tranſigere, id quod expeditum eſt. Igitur tranſactione reo permiſsâ, hoc ipſo accuſatori quoque permiſſa cenſebitur.

3. Abſurdum eſt, reo permittere, vt pecuniam det impune, sāguinis ſui redimendi cauſa: accuſatori autem non concedere, vt accipiat impune. Nam quomodo ille dabit, niſi ſit qui accipiat, non autem accipiet ſi metuat, ne, pecunia accepta, in Senatus Conſultum incidat.

4. Præterea vbi eadem eſt ratio, ibi quoque idem ius eſt ſtatuendum: iam vero in actore eadem ratio obtinet, quæ facit vt reus poſſit impune tranſigere: nam reo idcirco permiſſa eſt in capitalibus tranſactio, quod ignoſcendum ei ſit, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redimere velit, *leg. 1. ff. de bon. eor. qui ante iunct. leg. fin. ff. de præuaricat.* at vero eandem rationem in actore, ob ſubſcriptionem in crimen, & pœnam talionis, quæ calumniatori irrogatur, *leg. final. C. de calumniat. leg. fin. C. de accuſat. Auth. ſed nouo, C. de adult.* obtinere, eidemque ignoſcendum, ſi ſanguinem ſuum qualiter qualiter redimere voluerit, palam eſt.

Non obſtat quod reſpondet Gilckenius, illi imputandum eſſe cur ſibi tale diſcrimen & periculum acceſſerit, cum in poteſtate eius fuerit non accuſare: nam idem quoque de reo dici poſſe, quis non animaduertit? cum in eius quoque poteſtate fuerit non delinquere & tale periculum delicto ſuo ſibi acceſſere. Quod vero pœnam talionis ait in deſuetudinem abiiſſe, id ad præſētem diſputationem noſtram nihil pertinet; quandoquidem iure noſtro ciuili eam ſublatam eſſe falſiſſimum eſt, nec vllo textu probari poteſt. Et vt fortaſſis inſcriptio in crimen ab vſu hodie receſſiſſet, effectus tamen eius māſit & etiamnum durat: quia hodie quoque calumnioſus accuſator ad ſimilitudinem pœnæ obligatur, *l. fin. C. de calumn.* Weſenbec. *in parat. C. de iurament. propter calumn.* Obrecht. in *tract. de iurament. calumn. c. 8. n. 21.* Et licet ad euitādam pœnam talionis hodie nihil accuſatori trāſactio prodeſſet; quia tamen plerumque is, qui ſine iuſta cauſa, aut calumniam ad accuſandum proceſſit, non ſolum damnatur ad intereſſe, ſed etiam extra ordinem, vt plurimum eadem pœna, qua puniendus fuiſſet reus, afficitur, Alciatus *9. parerg. 8.* Couarruu. *2. reſolut. 1.* idcirco ad hanc euitandam, tranſactio accuſatori plurimum proderit. Del-rio, in *leg. 18. numer. 63. C. de tranſaction.* Poſtremo, etſi hodie ſimilitudo ſupplicij, pœnaque talionis locum ſibi amplius non vindicaret; non tamen propterea dicendum eſſet, *dict. leg. 18.* quoad accuſatorem penitus correctam & vſu ſublatam; principaliter enim fauore rei, ſe ſanguinemque ſuum redimētis, inducta eſt, ideo quamuis reſpectu accuſatoris non ſubeſſet amplius ſanguinis periculum; quia tamen reo tranſigere prædictam ob cauſam licet; conſequens eſt: vt & reſpectu accuſatoris tranſactio valeat: ne aliàs legiſlator altera manu aliquid permittere, altera vero id, quod permiſit, facientem punire videatur.

Ad contraria argumenta in proxima quæſtione reſponſum eſt.

Illic enim reſpondimus ad primum, textus allegatos non de eo, quod tranſactionis, ſed quod turpis concuſſionis cauſa datum eſt, intelligi debere, iuxta *l. 1. ff de calum.*

Ad ſecundum reſpõdeo, Eum, qui ab accuſatione deſiſtat, incidere in SCtum Turpillianum: niſi permiſſu Imperatoris deſiſtat, *leg. deſtitiſſe, ff. ad SC. Turpil. lian.* at hoc loco, permiſſu Imperatoris accuſatorem deſiſtere, cum trãſigit cum reo, probant fundamenta modò à nobis adducta.

Ad tertium reſp. Illud male huc quadrare, quia qui cum reo tranſigendo accuſationem deſerit, iuſtam habet cauſam deſerendi accuſationem, nec dici poteſt eam temere deſeruiſſe; id quod certe argumenta modò adducta clare probant.

Ad quartum & vltimum reſpondetur negando rationem, *dict. leg. tranſigere*, in accuſatore deficere, cum, vt dictum fuit, accuſator, in probatione deficiens, præſumatur calumniator, atque ideo pœna taiionis afficiatur, *leg. final. C. de accuſat.* vt propterea neceſſum habeat ſanguinem ſuum redimere, idque ei licitum ſit iuxta *dict. leg. 1. ff. de bon. eor. qui ante ſent.*

Secundo alij quidam vt Matth. Glok. ad *leg. 18. in præparat. cap. 2.* Hotomann. *illuſtr. quæſt. 23.* Treutl. in *diſputat. de tranſact. theſ. 5. lit. A.* negant reo licitam eſſe tranſactionem. Mouentur vero his rationibus.

1. Quod qui pecunia cum accuſatore paciſcitur, intelligatur crimen fateri, *l. 4. ff. de his, qui not. infam.*

2. Quod qui delatorem corruperit habeatur pro conuicto, *l. eius qui delatorem, ff. de iure fiſci.*

3. Quod tranſactio de crimine reo inutilis ſit, vt qui à quouis alio repeti & denuo accuſari poſſit.

Cæterum adhæc argumenta ſupra in prox. præced. ſufficienter, meo iudicio, reſponſum eſt, vbi etiam dilucidis argumentis fuit oſtenſum, reo licitam & impunitam eſſe tranſactionem.

1. Quia lex *18. C. de tranſact.* generaliter & abſque vlla, rei & actoris, diſtinctione permittit de crimine capitali tranſigere. Et quamuis Matthæus Klock, in *dict. leg. 18. præparat. cap. 2.* neget eam legem de reo conceptam: ſed verbum *tranſactionis* illic ad ſolum actorem referri contendat, vt qui ſolus proprie tranſigere dicatur, cum tranſigere ſit litem finire, litem autem finiat, qui litem, aliquo accepto, retento vel ſperato, remittit: non vero is, cui remittitur, *l. 1. ff. de tranſact.* Eo tamen non obſtãte, verius eſt de vtroq; accuſatore, inquam, & reo, l. noſtram intelligi oportere. Quæ eſt tertia de propoſita quæſtione interpretum opinio. Nam vt recte Donellus ait, tranſigere vterq; dicitur, & actor & reus: tranſactio quippe vtriuſque, actoris & rei conſenſu perficitur, *l. 13.* ibi conſenſu terminata *C. de tranſact.* Et de reo tranſigente textus ſpecialis eſt in *l. 1.* vbi Donellus *n. 1. l. 8. C. de tit.*

2. Quia in *l. 1. ff. de bon. eor. qui ante ſent.* dicitur expreſſe: *In capitalibus criminibus a principibus decretum eſſe, non nocere ei, qui aduerſarium corrupit; ſed in his demũ, quæ pœnam mortis continent: nam ignoſcendum eſſe illi, qui ſanguinem ſuũ qualiter qualiter redemptum velit.*

3. Quia & idẽ ICtus claris verbis pronunciat, in *l. fin. ff. de præuaricat.* in omnib^9 cauſis, præterquã in ſanguine, qui delatorẽ corrupit, ex SC. pro cõuicto haberi.

4. Confirmat etiã hoc ipſum manifeſte *l. 1. §. 3. de calumn.* in qua Vlpianus: *Non tranſactionibus*, inquit, *ſed ſordidis concuſſionibus reo in criminibus interdictum eſſe.*

5. Denique huc facit, quod abſurdum ſit plus indulgere actori, quam reo, atq; actori concedi, quod reo nõ permittatur cum reus actore multo ſit fauorabilior.

Rata itaq; hęc ſit ſententia, de crimine pu-

Digitized by Google

publico capitali vtrique pariter, actori & reo impune tranſigere licere. Quam ſententiam probat & ſequuntur Donellus, Sichardus, Del-rio, Alciatus *in d. l. 18.*

Qu. 45. An de crimine capitali non ſolum ante, ſed etiam poſt criminis denūciationem & rei poſtulationem permiſſū ſit actori tranſigere citra abolitionis impetrationē?

Quæ hactenus de tranſactione ſuper crimine capitali accuſatori & reo permiſſa dicta fuerint, ea indubitate procedunt ante criminis denunciationem & rei delationem. Etenim accuſatoris tranſactioni ferè nihil obſtare videtur, quam quod accuſationem trāſigendo deſerere non poſſit, ſed in SCtum incidat, ſi citra abolitionē deſtiterit, *tot. tit. ff. ad SC. Turp.* quam rationem non ad accuſatorem ante, ſed poſt inſtitutam accuſationem tranſigentem, ſpectare palàm eſt: accedit, quod inuitus nemo accuſare teneatur: cur igitur non poſſet accuſationem, nondum inſtitutam, reo tranſactione remittere? niſi forſan hoc ipſi impedimento eſt, quod & ſupra notatum fuit, quod qui ob non accuſandum pecuniam accipit, turpem quæſtum faciat, *leg. 8. ff. de accuſation.* & concuſſionis teneatur. Verum vt & ibidem reſpondi, diluit hanc obiectionem eleganter ipſemet Vlpianus in *leg. 1. §. 3. ff. de calumn.* vbi docet, iſta obtinere in eo, qui non tranſactionis, ſed ſordidæ concuſſionis cauſa quippiam ob non accuſandum acceperit. Sed & de reo vix dubitare licet, quin ante factam denunciationem impune tranſigat. Idque in proximis duabus exercitationibus firmiſſimis argumentis demonſtratum fuit, quæ inde huc repeti poſſunt. Et vtrumque, accuſatorem & reum, non ſolum de capitalibus, ſed etiam de non capitalibus ante inſtitutam accuſationem & criminis delationem impune ac licite tranſigere, infra ſuo loco demonſtrabitur. Potiſſima igitur controuerſia & dubitatio eſt de reo & accuſatore poſt accuſationem inſtitutam, anne tranſigere poſſint? Quod tamen & ipſum remotis illis, quæ obſtare videbantur, proxime à nobis probatum & ad oculum demonſtratum fuit; vt nec de eo opus ſit quicquam amplius hoc loco diſſerere. Illud ſolum, nobis hîc expediendum reſtare videtur. An ſcilicet actor, poſt inſtitutam accuſationem, trāſigere poſſit, impetrata criminis abolitione? hoc enim negarunt Matth. Weſenbec. in *paratitl. de tranſaction. numer. 5.* & Iacob. Ræuard. *lib. 4. var. cap. 6.* moti *leg. 3. Cod. ad SC. Turpillian.* in qua ſic Valerianus & Galienus: *Quamuis eum ordinem ſcriptura contineat, vt primo abolitio criminis poſceretur, & tunc dehinc omnibus placitis obtemperaretur: non obſeruantibus tamen aduerſarijs pactorum fidem, inſtaurare accuſationem nnnime potes, à qua ipſe deſtitiſti.* Ex quibus verbis colligit Weſenbecius in caſu huius *leg. 3.* tranſactionem interceſſiſſe, & tamen impetrandam fuiſſe criminis abolitionem.

2. Cui accedit Conſtantini ſanctio in *leg. 2. Cod. de abolit.* vbi in hæc verba ſcribit: *Si accuſator*, inquit, *per deceptionem, vel pecunijs à reo corruptus ad poſtulandam abolitionem venit, redemptæ miſerationis vox minime admittetur; ſed aduerſus nocentem reum inquiſitione facta, pœna competens ingeratur.* vnde liquet, tranſactionem ſuper crimine publico nihil prodeſſe reo, niſi criminis abolitio fuerit impetrata.

Verum enim vero contraria opinio, quæ communi interpp. calculo recepta & approbata eſt, & nobis verior videtur.

1. Nam Imperat. Diocl. & Maxim. in *dict. leg. 18.* ſcribunt ſimpliciter & abſolute, quod de capitalibus criminibus tranſigere liceat: de non capitalibus vero non liceat: iam vero nullum dubium eſt, quin etiam de non capitalibus, abolitione criminis impetrata, trāſigere permittatur, *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* vt igitur conſiſtat oppoſitio iſta, dicendū de criminibus capitalibus, citra aboli-

abolitionem licere tranſigere; de non capitalibus vero non item.

2. Accedit quod de adulterio liceat, improbata abolitione deſiſtere aliquo viciſſim accepto vel ſeparato *leg. 30. Cod. ad lege Iuliam.de adulter.* de cæteris igitur criminibus citra abolitionem tranſigere licebit: alioquin fruſtra & ineptè à regula adulterium exciperetur.

3. Accedit quod lex noſtra *18.* hac ratione eluſoria redderetur, delator quippe pecunia corruptus, ſi iudicem petendæ abolitionis cauſa adeat; ille vero deneget veniam, nonne otioſum foret, quod Vlpianus tradit, in omnibus criminibus præterquam in ſanguine, qui delatorem pecunia corrupit, ex Turpillian. SCto pro conuicto haberi? Et in capitalibus criminibus non nocere ei, qui aduerſarium ſuum pretio corruperit, *l. fin. ff. de bon. eor.* quare verius eſt, accuſatorem, in capitali crimine, non teneri abolitionem petere, ſed ſine cauſæ cognitione aut iudicis autoritate licite tranſigere poſſe.

4. Adhæc correlatiuorum eſt eadem ratio & natura. Iam vero reo permittitur ſic tranſigere, vt non ſolum ſanguinem ſuum redimat, ſed etiam, ne in pœnam aduerſarij corrupti incidat. Ergo & accuſatori licebit impune tranſigere.

5. Adde, quod qui permiſſu Imperatoris deſiſtit, non incidat in SCtum, *l. deſtitiſſe 13. ff. ad SC. Turpill.* Nec puniendus ſit, qui conſtitutione principis permittente id facit, *leg. Gracbus, C. ad l. Iul. de adulter.* atqui permiſſu Imperatoris tranſigit accuſator de crimine capitali, per ea, quæ præcedenti exercitatione dicta fuere. Ergo etiam ſi abolitionem non impetret, in SCtum tamen Turpillianum non incidit.

6. Denique fruſtra reis permitteretur ſanguinem ſuum redimere, ſi accuſatores, de iiſdem criminibus tranſigentes, SCto Turpillian. coercerentur: vt proinde non debeat licere reo, quod accuſatori non permittitur Heigius *part. 2. quæſt. 24. numer. 24.* nec obſtat nobis à Weſenbecio obiecta, *leg. 3. Cod. ad SC. Turpillian.* quia non loquitur expreſſe de crimine capitali: proinde qua facilitate eam Weſenbec. de capitali & ſanguinario crimine accipit, eadem nos de non capitali eam interpretabimur: immo adhuc meliori iure: quippe rationes euidentiſſimæ pro noſtra ſententia militant, & ad oculum cuiuis demonſtrant, prædictam *leg. 3. de capitali & mortali crimine.* intelligi non poſſe: illæ, inquam, rationes, quas paulò ante ex *l. 18. C. de tranſact.* deduximus.

Ad ſecundum, ex *leg. 2. Cod de abolit.* petitum reſpondet Alciatus *lib. 5. paradox. cap. vltim.* quod in ea *leg. 2.* ſcriptum eſt, ſi accuſator à reo pecunia corruptus deſiſtat, vocem redemptæ miſerationis non admittendam, id hoc modo intelligendum eſſe, vt ipſi accuſatori abolitio non concedatur; ſed aduerſus accuſatorem, qui quoniam deſtitit ab accuſatione, factus eſt reus, inquiſitione facta pœna competens ingeratur, quæ eſt, vt ſi deſtitit ab accuſatione, quæ pactionem recipiebat, quinque auri libris ex Turpilliano puniatur, *leg. fin. C. de accuſat.* alioqui pœna talionis, *leg. qui crimen, C. qui accuſ. non poſſ.* vt ita in obiecta *leg. 2.* nihil de ipſo primi criminis reo dicatur; ſed ea ſolum de accuſatore loquatur. Cæterum huic Alciati ſolutioni ſubſcribere nequeo. Primo, quia de reo primi criminis expreſſe loquitur, & non de accuſatore. Secundo, quia conſequens foret, accuſatorem non impune tranſigere poſſe: id quod ſupra fuit multis refutatum. Quare, hac ſolutione reiecta, exiſtimo tutius eſſe cum Bartolo & aliis reſpondere: iſtam *leg. 2.* loqui de criminibus publicis, quæ pœnam ſanguinis non ingerunt.

Nec

Digitized by Google

Nec obſtar, quod *in d. l. 2.* reus pro conuicto, atque confeſſo non habeatur; ſed aduerſus reum vlterius inquiſitio inſtituatur: cum tamen de criminibus non ſanguinariis tranſiens, pro conuicto habeatur, *l. eius qui delatorem. Digeſt. de iur. fiſci.* ſiquidem in criminibus, etiam non capitalibus, inquiſitio inſtituitur. Nam etſi reus, qui delatorem ſuum corrupit, pro conuicto habetur, *d. l. eius.* inquiſitio tamen modica inſtituitur, & de crimine cognoſcitur, ac pronunciatur, *d. l. eius. ff. de iure fiſci.*

Lit. B. Qu. 46. *Quenam hic ſint capitalia crimina, & qua pœna capitales?*

Dictum hactenus eſt, de capitali crimine tranſigere prohibitum non eſſe. Quod nam vero ſit capitale crimen & quomodo præſenti in loco accipiatur, non ſane conſtat inter Interpretes, etenim capitales pœnæ in iure noſtro non ſolum illæ dicuntur, quibus caput tollitur naturale, ſed etiam quibus ciuile caput, hoc eſt libertas & ciuitas adimitur: ita enim Modeſtinus *in l. licet 103. de V. S. Licet*, ait, *capitalis latine loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur; tamen appellatio capitalis mortis vel amiſſionis ciuitatis intelligenda eſt.*

Cui conſentit Vlpianus *in l. 2. pr Digeſt. de pœn.* dum ait, *rei capitalis damnatum ſic accipere debemus, ex qua cauſa damnato vel mors, vel etiam ciuitatis amiſſio, vel ſeruitus contingit.*

Et Iuſtinian. *in §. 2. Inſt. de publ. iudic. Capitalia* inquit *iudicia dicimus, quæ vltimo ſupplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo.*

Cæterum hoc in loco, vt mea fert opinio, capitalia crimina ſpecialiter ea dicuntur, quæ caput naturale tollunt, mortem naturalem irrogant, & hominem penitus extinguunt: vnde etiam ſanguinis pœnas hic non intelligimus quasvis, quæ qualemcunque ſanguinis effuſionem continent, ſed illas, quæ animam à corpore ſeparant & mortem naturalem afferunt.

Hoc diſerte probat *l. 1. ff. de bon. eor. qui ante ſentent.* ex qua ratio ſumitur eius quod hactenus dictum eſt, de publicis capitalibus criminibus tranſigere licere. Nam in ea ſic Iuriſconſultus ſcribit: *In capitalibus criminibus non nocere ei, qui aduerſarium corrupit:* ſed nominatim addit, *in l is demum, quæ pœnam mortis continent*: idque ideo: Quia ignoſcendum ſit ei, qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemptum voluerit. Hinc igitur manifeſtum euadit, quod etiam *in d. l. 18.* cuius, vt dixi, rationem adducta *l. 1.* continet, ſanguinis pœna, pœnam mortis vltimumque ſupplicium denotat. Quod cum ex iſtis, de quibus agimus pœnis, non niſi per accidens, & tum demum, ſi male fuerint applicatæ, atque irrogatæ, ſequatur, conſequens eſt, de criminibus prædictis, pœnā abſciſſionis, membri mutilationis, fuſtigationis & flagellationis ingerentibus, tranſactionem concedendam non eſſe. Nec admittendum, quod quidem reſpondent, *in d. l. 1.* per MORTEM, non naturalem, ſed ciuilem intelligendam eſſe, & ideo, quod ibi dicitur, multo magis de qualibet pœna, qua ſanguis effunditur, accipiendum. Nam, præterquam, quod ſub ea rubrica lex iſta ponatur, vnde facile appareat, prædictam *l 1.* de naturali morte loqui: ſubiungit etiam Iuriſconſultus vocem *Sanguinis*, quæ ciuili morti aptari nequit. Del-Rio. *num. 43.* Ad hæc, membri abſciſſionem non eſſe pœnam ſanguinis, etiam ex eo pateſcit, quod hanc pœnam infligere ſoleant etiam Pontifices *cap. in Archiepiſcopatu. de raptor.* Atqui pontifices ac Clerici nunquam irrogare ſolent pœnam ſanguinis *cap. ſententiam, extr. Ne Clerici vel Monachi ſecul. negot.* Adde quod vix vſquam in iure noſtro ſanguinis pœna aliter quam pro mortis pœna poſita reperiatur: idcirco ſanguinis potius quam mortis pœnæ meminerint, in *d. l. 18.* ne quis forte putaret, illos etiam de ciuili morte loqui, ſed vt omnibus conſtaret,

ipſos tantum de morte naturali ſentire Del-Rio *num.37.*

Qu. 47. *An de criminibus pœnā membri mutilationis, & fuſtigationis habentibus liceat transfigere?* Quocirca de criminibus, pœnam mēbri mutilationis, abſciſſionis & fuſtigationis habentibus, anne transfigere liceat, hic quærunt interpp. Et quidem poſt Alciatum *in d.l.18.num.45.& ſeqq.* plurimoſque è veteribus affirmatiuam amplectitur Petrus Gilcken. in eadem *l.18.num. 41. & ſeqq.*

1. Quia de capitalibus criminibus, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, permittat Diocl.& Maxim. conſtitutio tranſigere *in d.l.18.* pœnæ vero illæ membri mutilationis, fuſtigationis, flagellationis ſint capitales & quidem ſanguinariæ, vt quæ ſanguinis effuſionem continent, eaſdemque inſuper mors aliquando inſequi ſoleat; proinde de criminibus, quæ eiuſmodi pœnas ingerunt, tranſigere liceat.

2. In §. *Adhæc prohibemus, verb. citra tamen nouiſſimum ſupplicium aut membri amputationem Nou.128.* coniungitur, inquiunt, membri amputatio cum nouiſſimo, hoc eſt, vltimo. Igitur etiam ſpeciem eſſe oportet pœnæ ſanguinis, & conſequenter de membri mutilatione permiſſum erit tranſigere.

3. Membrum, aiunt abſciſſum moritur, adeo quæ fit ſeparatio animæ & illius corporis, puta manus, vel pedis amputati: cum enim tota ſit in qualibet corporis parte ſecundum Ariſtotelem *2. de anima.* Ergo pœna membri abſciſſionis eſt pœna ſanguinaria & mortalis: ac conſequenter de illis criminibus, quæ talem pœnam habent permiſſum erit tranſigere.

4. Vbi eadem ratio eſt, ibi eadem eſt iuris diſpoſitio: atqui ratio *d. l. 18.* concedentis de capitalibus criminibus tranſigere, quæ deſumitur ex *l.1.ff. de bon. eor. qui ante ſentent.* quod nempe ignoſcendum ſit ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluerit, ea, inquam, ratio obtinet in criminibus, pœnam abſciſſionis membri, fuſtigationis & flagellationis irrogantibus. Ergo etiam in iiſdem obtinebit *l. Transfigere,* diſpoſitio, quod ſcilicet etiam de illis ſit licita tranſactio: aſſumptio probatur, quia & iſtæ pœnæ ſanguinis profuſionem continent, vti ſupra oſtendebatur.

5. Denique quod membri abſciſſio vel mutilatio, itemque fuſtigatio ſint pœnæ capitales, & conſequenter de illis ſit tranſactio licita, probari videtur per *l. Imperator. ff. de ſtatu hominum.* Ad quam Bartolus annotauit, quod quemadmodum mulier prægnans, morte ob delictum commiſſum mulctanda, cuſtodiri debet donec fœtum ediderit: ita quoque ei membrum abſcindi, aut mutilari non debeat, donec pepererit: quapropter à pari procedunt membri mutilatio & pœna mortis.

Veruntamen, his rationibus minime moti, ſtatuimus cum Goeddæo *in tract. de contrab. & comm. ſtipul. cap.12. num. 134. & ſeqq.* Mart. Del-Rione *in d.l. transfigere, 18. num.38. & ſeqq.* idemque Donell. *num.10.* ſuper prædictis criminibus, pœnam mutilationis vel abſciſſionis membri, fuſtigationis & flagellationis, habentibus, tranſactionem minime eſſe permiſſam.

Etenim de criminibus ſolum capitalibus, & quidem ſanguinis pœnam irrogantibus, tranſactio permiſſa eſt, *d. l. 18. C. de tranſact. l. eius qui Digeſt de iur. fiſci, l.1. ff. de bon. eor. qui ante ſentent.* Atqui neutrum horum de prædictis criminibus dici poteſt: primo enim non ſunt capitalia, ſiquidem nec caput ciuile nec naturale tollunt. Non illud, quia membro mutilatus aut flagellis, vel fuſtibus cæſus, libertatem & ciuitatem retinet, nec mediam capitis diminutionem, multo minus maximam patitur: *arg. tit. Inſtit. & Dig. de capit. dimin.* Non etiam caput naturale adimunt, quandoquidem per ſe & ea, qua oportet, moderatione, irrogatæ mortem non adferunt naturalem. Vnde etiam neque *in L.*

2 ff. de public. iud. neque *in §. 2 I. eod.* Nec aliis in locis, in quibus capitales pœnæ recenſentur, vlla harum pœnarum fit mentio. Et ideo etiam *in Nou. ll. 128.* pœna membri mutilationis, ſiue abſciſſionis aperte diſtinguitur ab vltimo ſupplicio, eidemque manifeſte opponitur : deinde non ſunt pœnæ iſtæ ſanguinariæ, quales hoc in ſolo Dioclet & Maxim. ſanguinarias ſiue ſanguinis pœnas intelligunt. Etenim prædicti Impp. de ſanguinariis pœnis tranſactionem prohibentes, ſine dubio de illis ſenſerunt, quæ non qualemcunque ſanguinis profuſionem continent, ſed quæ mortem adferunt animæque amiſſionem continent; quandoquidem nullum capitale crimen irrogat pœnam ſanguinis, niſi quod mortem ſimul irroget : cum capitalis criminis hæ ſint pœnę, mors, deportatio, ſeruitus *d. l. 2. ff. de publ. iudic. §. 2. Inſt. eod.*

Ad primum facilis eſt ſolutio. Quia, vt modo oſtenſum eſt, pœnæ illæ, de quibus loquimur, nec capitales ſunt, nec ſanguinariæ, quorum vtrumque, vt puto, ſatis euidenter à nobis probatum eſt.

Ad ſecundum reſpond. Non omnia, quæ ſermone ac diſpoſitione copulantur, ſtatim eſſe idem, vel genere, vel ſpecie: deinde prohibitio illa, quam facit *in d. §. Adhæc prohibemus.* Imp. Iuſtinianus iudicibus prouinciarum, vel loci ſeruatoribus ne mandent vltimum ſupplicium, aut membri inciſionem, cum ipſi abſunt; non arguit membri abſciſſionem æquiparari vltimo ſupplicio, cum eo in caſu, quod prohibitionem duntaxat iſtam, mortis pœnæ comparetur.

Quin imo hic textus diſerte oſtendit, minus eſſe (vt reuera quoque eſt) membrum abſcindi, quam mortis pœnam irrogari : hæc ſiquidem illic ponuntur, vt diuerſa & argumentatiue de membri abſciſſione loquitur, quaſi dicat; iudices non poſſe non modo vltimum ſupplicium mandare, verum etiam nec membri abſciſſionem, Menoch. *l. 1. arbitr iudic. q. 86. num. 13*

Ad tertium reſpond. Membrum à corpore abſciſſum improprie mori dicitur, cum reuera non fiat animæ & corporis ſeparatio; ſed membri ſubductio & detractio : ſiquidem nequit per partes extingui aut per partes à corpore ſeparari Goedd. *d. capit. 12 num. 140.* Adhæc, quamuis membrum abſciſſum moriatur; homo tamen ſuperſtes manet : mors autem proprie dicitur ſeparatio animæ à corpore toto.

Ad quartum reſpond. Quamuis *in d. l. 1. Digeſt. de bon. eor.* verbum *ſanguinis* generaliter capi videatur : Ex præcedentibus tamen verbum iſtud de morte naturali, ſeu de illa ſanguinis effuſione accipiendum, quam mors naturalis ſequatur: Prius enim dictum erat. Non licere in aliis criminibus publicis, quam iis, quæ mortis pœnam continent tranſigere, ſed de his ſolis tranſactionem eſſe permiſſam: proinde ratio illa, quæ ſubiicitur, aliter, quam de ea ſanguinis pœna, quæ mortem afferre naturalem ſolet, intelligi non poteſt.

Ad poſtremum reſpondet Menoch. *d. quæſtion. 86. num. 9.* Argumentationem illam idcirco non eſſe ſatis ſolidam : quoniam conſtitutio illa Imperatorum ſpectat ad commodum partus; non autem ipſius mulieris, ne ſcilicet vna cum ea fœtus depereat : id quod iniquum foret, quoniam fœtus innocens ob matris delictum opprimi non debeat : quæ ratio cum etiam procedat in membri mutilatione, quia facile eſt mulierem præ dolore maximo, atque ira abortum facere, iuxta doctrinam Galeni *lib quint. Aphoriſm.*

Inde ſequitur differendam eſſe membri abſciſſionem, ſicut pœna mortis; atque hactenus conuenire & æquiparari

 pœnam

pœnam mortis & membri abſciſſionem: non vero ſequitur in omnibus factam eſſe illorum æquiparationem, vt vbi mortis pœna indici non poteſt, ibi nec poſſit irrogari pœna mutilationis membri.

Lit. C.

Qu. 48. *Quare de adulterio non liceat tranſigere?*

Ex omnium criminum capitalium, de quibus tranſactio permiſſa eſt, excipitur crimen adulterii, de quo tranſactio illicita eſt, *d. l. 18.*

Quæ nam vero ſit huius exceptionis ratio, valde controuertitur: ego, miſſis aliorum opinionibus, quas prolixe recenſui & refutaui *in tract. de tranſ. cap. 3.* hanc veram eſſe exiſtimo, quod, cum accuſatio adulterii certis quibuſdam duntaxat perſonis competat, marito ſcilicet & conſanguineis atque coniunctis, *l. 30. C. ad l. Iul. de adult.* perfacile fieri poſſet, vt, admiſſa tranſactione, facinus illud impunitum maneret, ſecus quam poſtulat reip. vtilitas, *l. ita vulneratus, ff. ad l. Iul. Aquil.*

Et quanquam Matth. Weſenbec. in paratitl. *ad l. Iul. de adult.* accuſationem adulterii omnibus omnino patere exiſtimet, atque *in d. l. 30.* extraneos, ab eo demum adulterii accuſatione remoueri putet, quæ iure mariti competit. Id tamen vel idcirco admitti non debet, quod etſi adulterii accuſatio ſolummodo ad maritum & coniunctos ſpectet, vt clare hoc Conſtantinus conſtituit, *d. l. 30.* nihilo tamen minus ea ſit publica. Quandoquidem vniuerſitas ad vnum redire, omniumque ius in vnum aliquando recidere poteſt, vt tamen ſtet nomen vniuerſitatis, *l. 7. ff. quod cuiusq. vniuerſitat.* Et quid ſi dicamus ſpeciale ac ſingulare hoc eſſe in adulterii accuſatione, vt eam non indifferenter omnes è populo, vt reliquorum criminum publicorum accuſationem habeant, ſed maritus ſolum & coniuncti? Et ſane hoc etiam *in d. l. 30.* voluiſſe Conſtantinum, ſatis relucet ex ratione, quam ibidem adducit, plane ſingulari: Sic enim ſcribit Imperator: *Quamuis adulterij crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus ſine aliqua legis interpretatione conceditur. Tamen ne violentibus temere liceat fœdare connubia proximis neceſſariisque perſonis ſolummodo placet deferri copiam accuſandi: hoc eſt patri, fratri, nec non patruo & auunculo, quos verus dolor ad accuſationem impellit.* Etenim cū bene quieta & concordantia matrimonia à delatoribus turbari cœpiſſent, inquietari, fœdari & falſis contumeliis deformari, *l. 11. §. licet mulier, l. 26. de adult.* viſum eſt Conſtantino, impotentem illam delatorum libidinem, audaciam & proteruitatem refrenare, atque compeſcere & publicam adulterii accuſationem iis SOLVMMODO coniunctis proximis & neceſſariis perſonis permittere, vt ſcilicet hæ ſolæ ius publicum ſuſtentarent; quas verus dolor ad accuſationem incenderet, & quas ſuo matrimonio, ſuæ domui inflicta atque impoſita turpitudo & macula omnino non conquieſcere ſineret. Hanc veram eſſe *d. l. 30.* mentem ac ſententiam ex verbis illius, diligentius inſpectis & conſideratis, ſatis ſuperque relucet.

Nec admittenda eſt Weſenbecii explicatio, quæ illam l. de accuſatione ſolum iure mariti competente interpretatur.

1. Quia lex eſt generalis nec quicquam diſtinguit.

2. Quia & ratio eius eſt generalis atq; exteros omnes, non ſolum ab accuſatione quæ fit iure mariti, excludit, ſed ab adulterii accuſatione ſimpliciter remouet.

3. Denique quia cum illud iam tum ante Conſtantinum obtinuerit, quod extranei adulterum iure mariti accuſare nequiuerint, *l. 4. §. 1. & 2. ff. ad l. Iul. de adult. l. 6. C. eodem. l. 5. §. fin. de vi publ.* vti & ipſe fatetur Weſenbec. fruſtra certe Conſtantinus id, tanquam ius nouum, conſtituiſſet, actumque manifeſte egiſſet.

Nec magis Cuiacium audiendum exiſtimamus, qui *d. leg. 30.* ad conſtans

adhuc

adhuc matrimonium reſtringit quaſi, cōſtante adhuc matrimonio, exteri ad accuſandum adulteram non admittantur: diſſoluto autem matrimonio admittantur, nam non ſolum illa 30. loquitur generaliter & indiſtinctè; ſed etiam ratio legis non minus obtinet diſſoluto, quam conſtante matrimonio: & exteros potius diſſoluto matrimonio ab accuſatione repelli debuiſſe, ex eo conſtat, quod non paulò periculoſior, præſentior & magis timēda tunc illorum fuerit proteruia atque calumnia: quippe cum matrimonio diſtracto, quaſi præiudicio ipſius mariti haud parū adiutarentur. Sed ea Conſtantino prohibendi antiquiſſima & vna cauſa: nec temerè à delatoribus fœdarentur coniugia, vel vt in fine dicit, ne falſis forſitan contumeliis matrimonia deformarentur: ſiue ea adhuc conſiſterent, ſiue dirempta eſſent, & mulier alii, ſiue etiam ei, qui in ſuſpicionem adulterii incidit, nupſiſſet, Glock. in *d. l. 18. pag. 2. c. 3.*

Secundò non aduerſatur, quod *l. 30. C. ad L. Iul. de adult.* poſterior ſit, lege *18. C. de tranſact.* Cùm Conſtantinus, qui author eſt; *dict. l. 30.* vixerit poſt natum Chriſtum, anno 306. Dioclet. verò & Maximin. anno 306. Et ideo ratio *dict. l. 18.* tanquam prioris, non poſſit ſumi ex l. poſteriori. Hoc, inquam, nobis non aduerſatur: nam ex illis legibus quæ in priore Codice extiterunt, quæque non Iuſtiniani, ſed anteriorum ſunt Impp. nulla prior eſt altera, nec poſterior: ſiquidem in vniuerſum omnes authoritatem & vim ſuam ex Iuſtiniani accipiunt perſona, *l. 2. Cod. de vet. iur. enucl.* à quo ſunt vno eodemq; tempore propoſitæ ſimul ac promulgatæ. Nec attendendum quid ſenſerint Diocletian. & Maxim. & quam exceptionis ſuæ rationem habuerint, ſed potius quid velit, quidq; ſentiat Iuſtinianus. Hunc verò in *dict. l. 18.* ad Imp. Conſtantini conſtitutionem in *d. l. 30.* reſpexiſſe veriſimile eſt, ſecundum ea, quæ proximè à nobis ſunt dicta.

Expeditū igitur eſt de adulterio, quantumuis capitale ſit crimen, tranſigere non licere, propter rationem modo adductā; ſed vtrum de eodem crimine gratis atque donationis cauſa liceat paciſci, expeditum non eſt? Equidem illud extra controuerſiam poſitum eſſe videtur, quod poſt factam denunciationem reique poſtulationem paciſci non liceat: cum enim Impp. Diocletian. & Maximin. in *l. 18. Cod. hoc tit.* talem propoſuiſſent regulam: tranſigere vel paciſci de crimine capitale prohibitum non eſſe, ab eaque regula adulterium expreſſe excepiſſent, conſequens omninò videtur de adulterio nec tranſigere, nec paciſci licere, quia, vt aiunt Philoſophi, exceptio debet eſſe de regula. Et hoc quidem dubium planè nullum habere exiſtimo; ſed num ante criminis denunciationem reique poſtulationem, gratuita pactione adulterii crimen condonare & accuſationem remittere liceat? ſcrupulo non omninò nullo carere videtur. Non enim deſunt magni nominis Iuriſconſulti, qui affirmatiuam tuentur: in quorum numero ſunt Bartolus *conſil. 170.* Alciatus in *l. 18. num. 36. & ſeqq. Cod. hoc tit.* Matthæus Glock, *in tractatu de tranſact. pag. 2. numer. 2.* illorum argumenta hæc ſunt.

Quæ. 49 An de adulterio liceat gratis & donādi cauſa paciſci?

1. Quod quiſque iniuriam ſibi factam condonare, atq; remittere poſſit, *l. mariti, §. plectitur. ff. ad L. Iul. de adult.* nec ſimultates animiq; rancorē deponere prohiberi debeat; maximè cum pium & Chriſtianū ſit ignoſcere inimico, & iniuriam atq; offenſionem eidem condonare, atq; idcirco integrum etiā cuiuis eſſe debeat matrimonium ſuum contemnere, & per negligentiam, vel patientiam, vel nimiam credulitatem pati vxorem ſuam delinquere, nec contaminationi thori ſui indignari.

2. Hinc Vlpianus in *l. 2. §. 3. Digeſt. ad L. Iul. de adulter. Qui patitur*, inquit, *vxorem ſuam delinquere, matrimoniumque ſuum contemnit, quique contaminationi non indignatur, pœna*

tur, pœna adulterum non infligitur.

3. Et in *l. mariti,29.§.4 eodem. Quod ſi patiatur vxorem delinquere nō ob quæſtum, ſed negligentiam, vel culpam vel quandam patientiam, vel nimiam crudelitatem extra legem poſitus videtur.*

4. Hinc etiam adulter, qui precibus impetrauit ne ſecum ageretur, & is, qui gratis remiſit, extra pœnam omninò poſiti ſunt, *l. 6. Digeſt. de his qui not. infam. l. 15. §. ſi negauerint, Digeſt. ad L. Iul. de adulter. l. qui cœtu, 5. §. 2. Digeſt. ad Legem Iul. de vi publica.*

5. Inſuper cum nemo inuitus accuſare cogatur, *tot. tit. Codic. vt nemo inuitus.* nec cogetur maritus vxorem adulteram accuſare inuitus, & conſequenter nulla ratio ipſum prohibebit pactione gratuita crimen vxori condonare eidemque ignoſcere.

6. Adde quod in *Novell. 117.* epilogo expreſſe dicatur adulter puniri, niſi iudicati decreto vel amicabili conuentione deciſa ſint omnia.

7. Item quod Iuſtinianus reſcribit in *Nouell. 134 c. 10.* licere viro vxorem adulteram impunè recipere.

Verum in hac controuerſia diſtinguendum hoc modo putarim, vt maritus quidem ante denunciationem factam cū vxore adultera ſuper crimine adulterii paciſci non poſſit: reliquis verò omnibus, marito excepto, quibus ius accuſandi adulteram competit, impunè liceat cum adultera paciſci.

Et quidem quod ad parentes & cognatos adulteræ, res omninò expedita videtur. Non enim vllus eſt textus, nec ratio etiam vlla, quæ his actione interdicat. De marito igitur ſolo quæſtio & controuerſia eſt, de eoque etiam authores & fundamenta, modò recenſita, loqui videntur. Quare & ego de illo tantum agā, & num ipſi ſuper adulterii crimine cum coniuge pactio ſit licita? inquiram. Qua in quæſtione negatiuam, ſuperioribus argumentis non obſtantibus, veriorem & tutiorem iudico.

1. Moueor autem inprimis, *l. 2. ad L. Iul. de adult.* in qua Seuer. & Anton. Impp. reſcribunt: *Crimen lenocinii contrahere, qui deprehenſam in adulterio vxorem matrimonio retinuerunt.* Vſque adeo itaq; pacto remitti crimen adulterii nequit, vt pœnam etiam incurrat, qui adulteræ ignoſcit, eamq; in matrimonio & thoro retinet.

2. Accedit præterea, quod in *l. 10. eod. tit.* Alexander reſcripſit: de crimine adulterii paciſci non licere & par delictum eſſe accuſatoris præuaricatoris & defugientis veritatis inquiſitionē. Quæ verba de gratuita pactione accipienda, ex ſequentibus relucet. Subiicit enim in continenti Alexander. *Qui pretium pro comperto ſtupro acceperit cum pœna L. Iulia de adulteriis teneri.*

Ad argumenta verò contraria ſic reſpondendum puto.

Ad primum reſpond. pium quidem & Chriſtianum eſſe ſimultates & animi rancorem deponere, cum inimicis in concordiam redire, illiſque delicta ignoſcere; ſed ita tamen, ne eiuſmodi pacificatione Reſpublica lædatur, eidemque iniuria aliqua inferatur. Deinde rancorem & dolorem animi intrinſecum, qui nō ad forum ciuile, ſed ad conſcientiam ſpectat abolere legem Chriſtianam & humanitatis clementiæq; præcepta iubere: extrinſecum verò dolorem, qui ad iudiciariam perſecutionem pertinet, deponere, nullam legem præcipere.

Ad ſecundum & tertium reſp. Vlpian. in allegata *l. 2. §. 3. & l. 29. §. 4.* pactionē ſuper adulterio nequaquā probare; nec etiā permittere delictū adulteræ gratuita pactione remittere. Sed hoc ſolum dicere, cū is, qui patiatur vxorem ſuam delinquere, nec contaminationi thori ſui indignetur, in pœnam, adulteris deſtinatam, non incurrat, nec incidat in L. Iuliam de adulteriis: id quod etiam Alexander Imperator in *d. l. 10. Cod. ad L. Iul. de adult.* proculdubio ſen-

blo ſenſit ac voluit, vbi illum demum adulterii pœna affici iubet, qui pro comperto adulterio preciũ acceperit. Hinc verò non rectè infertur maritum cum adultera vxore licitè paciſci poſſe, quia paciſcens non tenetur pœna adulterii. Hanc enim illationem ipſemet Alexander in citata *l. 10.* haud obſcurè refellit, dum paciſcentem de adulterio à pœna adulterii abſolvit, pactionem tamen ipſam improbat & prohibet. Quapropter cum adultera vxore maritus paciſcens, in adulterii quidem pœnam non incidit, vt in obiectis ll. dicitur; ſed tamen licitè propterea non paciſcitur, nec etiam impunè. Nam pœnam Lenocinii eum incurrere teſtatur, *l. 2. C. ad L. Iul. de adult.*

Ad quartum reſpond. Illud petere manifeſtè principium: hoc enim iam controuerſum & in quæſtione poſitum eſt, an liceat crimen adulterii pactione remittere? Et quòd non liceat, paùlò ante textibus manifeſtis demonſtrauimus. Nec quicquam ad rem faciunt allegatæ leges. Quod enim in *l. 6. § pactus. Digeſt de his, qui not. infam* dicitur; pactionem gratuitam ſuper criminibus licitam & impunitam eſſe, quia inhumanum foret nullum veniæ locum relinqui; id de priuatis ſolum criminibus, de quibus illic Vlpiano erat ſermo, accipiendum, ad adulterium verò nequaquam trahendum eſt: de hoc enim pactionem eſſe illicitã ſatis dilucidè probant, *l. 2. & l. 10 C ad L. Iul de adult.* Quod verò ad *l. 15. §. ſi negauerint, ff. ad L Iul. de adult.* illa etiam planè impertinenter huc allegatur: ibi enim non negarunt pater, vel maritus, ſe nullo vnquam tempore accuſaturos; ſed ſolum negarunt ſe accuſaturos intra ſexaginta dies Vnde apparet, eos non modò non pactos eſſe, ſed nec pactione remiſiſſe iniuriam; imò abunde ſignificaſſe, poſt lapſos 60. dies iniuriam ſuam ſe perſequi velle: ſolum autem ſe renunciaſſe priuilegio ſibi competenti, quo intra ſexaginta dies ſolis illis agendi poteſtas datur, *l. 14. §. 2. ff. ad L. Iul. de adult.* Quare & renunciatio iſthæc non hoc operatur, vt maritus & pater penitus ab accuſatione excludantur; ſed vt, renunciatione factâ, extraneo amplius non præferantur; verum æquali eum eo iure cenſeantur. Denique *l. qui cætus, §. 2. Digeſt. ad L. Iuliam, de vi publica.* parum ad rem facit: non enim de marito, ſed de patre. Nec de adultero, ſed de raptore loquitur.

Ad quintum reſpondetur. Diuerſa hæc eſſe non cogi accuſare, & accuſationem pactione remittere: conſequentia itaque argumenti negatur.

Ad ſextum reſpondetur. Communiter reſponderi ſolet, in *dict. Nou. cap. 17.* agi de adulterio non probato, ſed præſumptiuo per coniecturas priuilegiatas, hoc eſt, per eas, quæ communiter alias ad probandum crimen non eſſent ſufficientes: de hoc tranſigi poſſe: at de adulterio, non per coniecturas præſumptiuas, ſed idoneas & ſufficientes probato (de quo impræſentiarum agitur, tranſactionem prohibitam eſſe. Delriò *num. 70.* & Alciatus *nu. 34. in d. l. 18. iud. l. 18.*

Ad ſeptimum reſpondetur, in *Nouell. 134. cap. 10.* nullam eſſe mentionem de pactione vel tranſactione ſuper adulterio faciendà, ſed ſolum de ſimplici rancoris remiſſione & reconciliatione ibidem agi, idque tunc, quando legi ſatisfactum fuerit mulieris ſupplicio, & poſt latam ſententiam Del-Rio, *num. 69.*

Occaſione huius, quod de adulterio hactenus dictum eſt, quæritur, vtrumne de ſtupro tranſactio ſit licita?

Quæ. 50 *An de ſtupro liceat tranſigere?*

Equidem ſtuprum capitale crimen nõ eſſe, prout hic quidem capitale crimen accipimus, ſatis conſtat ex *§. 4. Inſtit. de public. iudic.* vnde ſupervacaneum eſſe videtur quærere, vtrũ de ſimplici ſtupro permiſſa ſit tranſactio; cum de criminibus non-capitalibus tranſactionem prohibitam eſſe in *dict. l. 18.* expreſſe Imperat.

ſanciant.

ſanciant. Veruntamen ſi fortaſſis alicubi ſtuprum efficeretur capitale, locum illic ſibi hæc vindicaret quæſtio, an ſcilicet de crimine ſtupri licita ſit tranſactio? Et Donellus quidem in *dict. l. 18. nu. 8* Hœnon. in *diſputat. de tranſact. theſ. 7. litera F.* reſpondent tranſactionem illicitam fore.

1. Quia eadem ratio, ob quam de adulterio tranſactio prohibetur, etiam in ſtupro obtineat, cum ſtupris æquè efficiatur, vt Reſpubl. inhoneſtis repleatur ciuibus, atque adulterio.

2. Quia ſtupri L. Iulia adulterii appellatione contineatur *l. 6. §. 1. ff. ad L. Iul. de adult l. 101. de verb. ſign.* Iam verò de adulterio tranſactionem prohibitam eſſe, ferè inter omnes conſtat, *l. 18. C. de tranſact.* Ergo & de capitali ſtupro.

3. Quia is, qui comperto ſtupro, pecuniam accipit, pœna legis Iuliæ teneri dicitur, *l. 10. C. ad L. Iul. de adult.* Sed his nõ obſtantibus, verior eſt contraria opinio, quã ſequuntur Gilcken in *d. l. 18. nu. 27.* Coraſ. *2. miſc. 1. num. 5.*

Eiuſq; fundamenta hæc ſunt.

1. Quod à regula generali de capitalium criminum tranſactione, in *d. l. 18.* propoſita, nullibi in toto iure ſtuprum reperiatur exceptum, nec etiam ſub adulterio, à prædicta regula excepto, vtpote ab illo diuerſiſſimum, contineatur, §. *4. Inſtit. de publ. iud.* cui omninò ſit conſequens quod de ſtupro, etiam capitali, tranſactio non ſit illicita.

2. Accedit quod ratio illa, quæ in capitalibus locum tranſactioni facit, obtineat etiam in capitali ſtupro: nam & ſi, qui ſtuprum eiuſmodi commiſit, ignoſcendum eſt, ſi qualiter qualiter ſanguinem ſuum redemptum voluerit.

3. Quod vera ratio, ob quam excipitur adulterium, & de illo tranſactio prohibetur, ceſſet in ſtupro: nam ſtupri capitalis etiam accuſatio non certis duntaxat quibuſdam perſonis competit, ſed omnibus è populo patet, vt proinde verendum minime ſit, ne ſuper eo, admiſſa tranſactione, delictum impunitum maneat: ceſſante autem ratione, ceſſat & diſpoſitio iuris.

Ad contraria argumenta reſponſio.

Ad primum reſp. committi in eo fallaciam cauſæ, cum antehac ſatis dilucidè oſtenſum fuerit; quod de adulterio non ideo tranſactio prohibeatur, quia mediante eo, Reſpubl. inhoneſtis compleatur ciuibus; ſed potius propterea quod cum accuſatio eius certis ſolum quibuſdã perſonis ſit permiſſa, facilè fieri poſſit, vt ſi admitteretur tranſactio, delictum adulterii plane impunitum maneret, quæ ratio aperte in ſtupro deficit.

Ad ſecundum reſp. Nomine ſtupri adulterium quidem venire, *l. 101. de verb. ſign.* at non contrà, appellatione adulterii ſtuprum ſignificari. Cum nullus textus in toto iure extet, in quo adulterium pro ſtupro ponatur. Nec contrarium probat, *dict. l. 101. de verb. ſignificat.* Illic enim Modeſtinus non hoc vult, quod adulterii & ſtupri verbum promiſcuè vſurpentur; ſed quod verbo ſtupri Lex Iulia indifferenter vtatur modò pro adulterio, modò pro ſtupro, propriè ita dicto.

Deinde poſito, quod adulterii nomen etiam ſtuprũ denotet: id tamen fieret ſaltem impropriè, abuſivè ac contra genuinam vocis adulterii ſignificationẽ, *l. 6. §.... ff. ad L. Iul de adult.* atqui in dubio à propria ſignificatione verbi non ſolet recedi, *l. non aliter. de legat. 3.* Nec ab ea etiam in *dict. l. 18. Cod. hoc tit.* Imperatores receſſiſſe, ex eo eſt manifeſtum, quod verba exceptiua accipiantur ſtrictè atque odioſa reſtringi potius, quam extendi ſoleant. Denique nonſequitur, appellationes ſtupri & adulterii in *L. Iulia. de adult.* promiſcue vſurpantur. Ergo etiam extra L. Iuliam in aliis legibus pariter promiſcue & indifferenter accipiuntur.

Effectus porrò tranſactionis, de capitalibus criminibus, factæ nõ eſt hic vt alii ab accuſatione per eam excludantur, ſic vt *Quinã ſit* *Litera D. Quæ. 51.*

eum,

Digitized by Google

Effectus transactionis ſuper crimine capitali.

cum, cum quod tranſactum eſt, accuſare & deferre alij nequeant, neque etiam vt iudex ex officio in facineroſum, quo cum tranſactum fuit, inquirere in illumque animaduertere nequeat; cum tranſactionis, vt & pactionis cuiuſuis ea ſit natura, vt alijs quam paciſcentibus & tranſigentibus præiudicare non debeant *l.3. pr. ff. de tranſact.* vbi Scæuola *priuatis*, ait, *pactionibus non lædi ius cæterorum: nec pactu priuatorum ius publicum* (quod de facineroſis ſupplicium ſumere iubet) *immutari queat l.38. ff. de pact.*

Sed hunc ſolum effectum habeat iſta tranſactio vt ille, qui tranſigendo litem & accuſationem remiſit, amplius ipſum deferre & accuſare nequeat; quæ vtriq; tranſactio non erit inutilis reo, ſiquidem fieri poteſt, vt is, qui transegit ſolus ſcientiam habeat criminis commiſſi & fieri poteſt, vt alius, qui & ipſe crimen habet cognitũ, accuſare & deferre reum nolit, aut iudex etiam ex officio inquirere & animaduertere in facineroſum negligat, vt ita transactio finẽ ſuum nihilominus aſſequatur, & ſane cũ is qui de non deferendo crimine publico tranſigit, de ſuo duntaxat facto trãſigit atq; hoc ſaltem polliceri, ſe in poſterum non delaturum nec acuſaturum eſſe reum; ideo pactio & tranſactio iſthæc vt quæ ex conſenſu paciſcentium conſtet *l.1. ff. de pact.* vltra illorum intentionem extendi non debet.

Nec moueri quiſquam eo debet quod tranſactio vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem C. de tranſact.* Nec minorem habeat vim quam iuſiurandum *l.2. ff. de iureiur.* Res autem iudicata, vt & iuſiurandũ, maximè in popularib. actionibus, omnib. præiudicet *l.3. ff. de popul. act.* Et ideò tranſactio quoque non modo inter tranſigentes, ſed quosuis etiam alios ius faciat.

Reſp. quid enim ad hoc argumentum, quod non immerito aliquem mouere poſſet, reſpondendum ſit, expoſui in *tract. de tranſact. c.3. q.5.* vbi vide.

Et quod tranſactio hæc alium ab accuſatione non excludat, probare videtur *l. qui coetu §. vlt. ff. ad L. Iul. de vi publica in verb.* Etſi pater iniuriam ſuam, precibus exoratus, remiſerat, tamen extraneus ſine quinquennij præſcriptione reum poſtulare poterit. Itemque quod iudicis officio per transactionem nihil quicquam præiudicetur, euincit *l.2. C. de abolit.* his verb. *Redempta commiſerationis vox minime admittatur*, ſed aduerſus nocentem reum, inquiſitione facta competens pœna ingeratur.

Etſi verò Iulius Clarus circa propoſitam quæſtionem putet diſtinguendum eſſe vtrum iudex officio procedat an verò ad querelam & implorationem partis: eam tamen diſtinctionem ad propoſitum non pertinere planè mihi perſuaſum habeo, quoniam vtroque caſu veriſſimum eſt nihil prçiudicari iudici, per ea quę modò adducta fuerunt.

Quo circa vt pleniſſimum ſortiatur effectum tranſactio, neceſſarium eſt vt magiſtratus accedat autoritas & ratihabitio, tranſactionem iſtam confirmantis.

Sic etiam quod dicitur, ſi is ad quem ex iure Saxonico propriè poteſtas agendi de homicidio pertinet proximus videlicet agnatus, tranſigat, etſi iudicis officium iſta transactione non excludatur, per eam tamen omnibus alijs viam agendi prçcludi; id verum non eſſe exiſtimo, quia reliqui ſub certa duntaxat conditione ab accuſando remouebantur, ſi ſcilicet proximus agnatus ageret, nec in agendo tardaret: atqui hæc conditio deficit cum ipſe ſuper nece & homicidio tranſigit: tranſigendo ſiquidem non agit, ſed ab agendo & accuſando deſiſtit. Hoc igitur caſu reliquis via accuſandi præcluſa non erit.

Quin etiam Reipublicæ intereſt delicta puniri & manifeſtari *l. 18. pr. ff. de iniur.* Atqui tali tranſactione non manifeſtarẽtur, ſed occultarentur crimina. Et quanquam Autor noſter ſtatuat, quod, etſi ali'

 accu-

Digitized by Google

accuſare litemq́; ſuſcipere non poſſit, obſtante ei tranſactione, officium tamen iudicis inuocare queat; veruntamen inanis hęc eſt ſubtilitas, nam quid quæſo, ad vim tranſactionis iſtius intereſt, vtrum aliquis alius officium iudicis imploret, de homicidio delictoq́; publico vindicando, an ipſe accuſet ac deferat facineroſum?

Quæritur porrò anne ſi tranſactione ſuper crimine capitali officium iudicis nō excludatur, eo vſque ſaltem præiudicetur magiſtratui, vt pœnam ordinariam & capitalem reo infligere non poſſit, ſed mitiorem cogatur ipſi decernere?

Affirmat hoc Bartolus ICtorum princeps, dicens iudicem impediri huiuſmodi tranſactione in proceſſu vlterius progredi & pœnam ordinariam irrogare crimnoſo; ſed proculdubio falſa eſt hæc Bartoli traditio: tum quia pactum priuatorum non poteſt præiudicare tertio *l. 3. princ. Digeſt. de tranſact.* & *l. 1. Cod. eodem tit. l. 27. §. 4. Digeſt. de pact.* tum quia ius publicum, quod certas facineroſis decernit pœnas, non poteſt pactis priuatorū mutari: tum quia in *l. 5. §. 2. Digeſt. de vi publica* expreſſe ſcribitur, quod remiſſio & tranſactio non excludat pœnam criminis ordinariam & legitimam.

Proinde Treutlerus circa quæſtionem propoſitam exiſtimat diſtinguendum eſſe inter delicta leuiora & atrociora: vt in delictis leuioribus trāſactio præiudicet magiſtratui, vt non poſſit pœnam irrogare ordinariam: in grauioribus vero non pręiudicet quoad ordinariam pœnam, quoniam hæc delicta nec apud Deum, nec apud homines excuſationem mereantur.

Sed hæc diſtinctio plane inepta eſt & à propoſito penitus aliena: ſiquidem certi & expediti iuris eſt, quod de criminibus publicis (de quibus ſolis in præſenti loco agimus) leuioribus quaq́; pœnam capitalem non continēt, illicita ſit tranſactio, vt iam oſtendetur & expreſſe profitentur Impp. in *d. l. 18. C. de tranſact.* quod ſi igitur de his tranſactio eſt illicita, quomodo præiudicabit magiſtratui, vt cogatur leuiorem, ordinariā, pœnam irrogare.

Quod ad ſtatuta, quibus cauetur, vt tranſactione ſuper crimine habita, mitior ſit pœna infligēda nec ordinariæ locus eſſe debeat, cuiuſmodi ſtatuta paſſim in Italia occurrunt, non puto ea locum habere in illis criminibus quorum pœna non eſt ciuilis, ſed moralis, cuiuſmodi delictum eſt homicidium: nam cum ius ciuile legi diuinæ morali nihil quicquam detrahere aut præiudicare poſſit, non poterit quoque ſtatutum efficere, vt alia pœna homicidæ irrogetur, quam quæ lege diuina, æterna & immutabili decreta & definita eſt.

Et tantum de CRIMINIBVS PVBLICIS CAPITALIBVS. *Litera E.*

Quæ. 52. *An de criminibus publicis non-capitalibus trāſactio ſit licita?*

De publicis criminibus NON-CAPITALIBVS hæc ab Imperatoribus Diocletiano & Maximin. traditur regula: in publicis criminibus quę ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licere citra falſi accuſationem,

Quam regulam confirmat quoq́; Vlpianus in *l. 1. Digeſt. de bonis eorum, qui ante ſentent.* dum ait: *In capitalibus criminibus à principibus decretum eſt; non nocere ei, qui ſanguinem ſuum redemerit, ſed in iis demum quæ pœnam mortis continent.* Idemq́ue Vlpianus in *l. fin. Digeſt. de prævaricat. In omnibus*, ait, *cauſis præſertim in ſanguine, qui delatorem ſuum corrupit, ex Senatuſconſulto pro conuicto habetur.*

Eandemq́ue regulam comprobat quoque euidentiſſima iuris ratio: nam qui pactione accuſationem deſerit, in Turpilliani pœnam, hoc eſt, in infamiam, mulctam pecuniariam & extraordinariam coercitionem incidit *l. 2. C. ad Turpill. l. 1. §. vltim. Digeſt. de prævaricat. l. 1. & 2. Cod. vt intr. cert. tempus l. 1. Digeſt. de iure fiſci l. ſpurii. §. qui iudicii. Digeſt. de decur.* Et quod ſubſcriptionis, ad quā accuſator adigitur, hæc ſit vis, vt ſe calumniæ & talionis periculo ſubiiciat.

ſciat. *l. fin. C. de accuſat. l. 2. l. 7. l. final. C. de calumniat.*

Et quanquam Fr. Hotomannus reſpondeat, planè diſſimilem eſſe rationem eius, qui ſponte ſine abolitione deſiſtit, & eius qui tranſigit, quoniam qui ſua ſponte deſiſtit, tacite ſeipſum calumniæ condemnat: qui vero tranſigit, gratificetur reo & de re dubia liteque incerta paciſci intelligatur.

Veruntamen præterquam quod leges ſupra adductæ generales ſint, nec eiusmodi præ ſe diſtinctionem ferant, refellitur id quoq; ex eo quod, fatente ipſo Hotomanno, reus non poteſt de crimine nõ-capitali tranſigere: cui ſanè conſequens eſt, quod accuſator ab accuſatione ſuper tali crimine tranſigendo, deſiſtens, diceretur rectè tranſegiſſe, & ab accuſatione iure deſtitiſſe, quia reo in re illicita minimeque conceſſa gratificari voluerit.

Poſtremo cum in criminibus non-capitalibus ceſſet ratio ob quam ſupra dictum eſt licere ſuper criminibus capitalibus tranſigere, redemptio videlicet ſanguinis, *l. 1. ff. de bonis eorum qui.* Idcirco ceſſat quoque in illis tranſactio.

Quæ contra hanc ſententiam mouet Hotomãnus, diſſolui in *d. tractat. de tranſact. c. 3. q. 14.*

Qu. 53. *An de nõ-capitalib. criminib. donandi animo & gratis paciſci liceat?*

Sed vtrum de non-capitalibus criminibus donandi cauſa paciſci liceat, nõ immerito quæritur? Etenim in *d. leg. 18. C. de tranſact.* aiunt Imperatores, in illis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licere, nec addunt, vt in præcedenti regula, *PACISCI.*

Et verius eſt, quod & Autori noſtro placere video, nec paciſci de his criminib. licere: quoniam accuſator quomodocunque deſiſtat, ſiue gratis, ſiue accepta pecunia, in ICtum Turpill. incideret *l. 1. §. ſi quis. & tot. tit. ff. ad Sc. Turpill.* Et paciſcendo etiam de crimine publico præuaricetur *l. 10. C. ad L. Iul. de adult.*

Nec obſtat quod in *d. leg. 18.* poſteriori membro ſeu regula, concepta de publicis non-ſanguinarijs criminibus, pactionis nulla fiat mentio, ſed transactionis duntaxat. Nam hoc idcirco fit, nõ quia de criminibus non-capitalib. tranſigere ſolum, non etiam paciſci ſit prohibitum. Verum idcirco Impp. tranſactionis ſaltem meminerunt, quia de hac maior fuit dubitatio, quam de pactione, quoniã Vlpianus ſcribit, non eſſe interdictum tranſactionib. ſed ſordidis concuſſionib. *leg. 1. § 3. ff. de calum.* Ad tollendum itaq; dubium iſtud & vt conſtaret de publicis non-capitalib. criminib. non modo nõ paciſci, ſed nec trãſigere licere citra falſi accuſationem, apertè reſcripſerunt Impp. *de publicis criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, citra falſi accuſationem transigere non licere:* Pactionẽ vero minimè hoc ipſo admiſerunt. Nam quod dicitur, quotiens ex quibusdam alia prohibentur, alia non prohibentur quæ prohibita non ſunt, permiſſa intelligi, id verum eſt, niſi intentio ſcribentis diuerſum ſuadeat.

Reliqua vide in *d. tract. de tranſact. d. c. 3. q. 14.* Illud ſilentio hic minime prætereundum eſt, quod etſi de criminibus non ſanguinarijs tranſigere non liceat poſt denũciationem factam & inſtitutam accuſationem, ante tamen, quam criminis denunciatio vel accuſatio fiat, tranſactio minime ſit prohibita

Et enim ratio, quæ poſt litem conteſtatam de iſtis criminibus tranſactione tam reo, quam actori interdicit, penitus deficit ante accuſationem inſtitutam: ideo enim de criminibus non-ſanguinarijs poſt inſtitutam accuſationem non eſt licitum tranſigere, quia accuſator ab accuſatione ſemel inſtituta deſiſtere non poteſt, niſi in SCti Turpilliani pœnam incidere velit *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Turpill* Reus vero idcircò non poteſt tranſigere, quia pro conuicto & cõfeſſo habetur *l. fin. ff. de præuar.* Atq. accuſator de crimine publ. non capitali ante

 litem

litem conteſtatam tranſigens, non poteſt dici ab accuſatione, quam nondum inſtituit, deſtitiſſe: reus vero, qui ante & extra iudicium tranſigit, licet videatur delictum fateri, confeſſio tamen iſta eſt extraiudicialis & quidem præſumpta, qualem ad condemnationem non ſufficere, exploratı eſt iuris.

Atque huc pertinere exiſtimo *l.1.§.2. ff. de calumniat.* in qua expreſſe dicitur, quod non tranſactionibus, ſed ſordidis concuſſionibus interdictum ſit: loquitur autem lex illa de publicis delictis & quidem ſine diſtinctione capitalium & non capitalium, & loquitur proculdubio de tranſactione ante inſtitutam accuſationem interpoſita; ſiquidem totus ille titulus de eo ſolum agit, qui pecuniam dederit ob accuſandum vel non accuſandum & ſimul de priuatis delictis aſſerit, quod de iis tranſactio ſit permiſſa, quod ſane accipi non poteſt de tranſactione poſt litem cõteſtatam facta *l. 4. §.fin.l.5. & 6.ff. de his qui not.infam.vide quaeſt.15. dict.capit. 3. de tranſaction.*

Qu.54. *An de criminibus priuatis licita ſit trãſactio?*

De criminib. priuatis anne tranſactio licita ſit itidem controuertitur. Et quidem de eo tres reperiuntur diuerſæ opiniones: nam primò ſunt quidam, qui ſtatuunt indiſtinctè, ſuper criminibus priuatis licitam eſſe tranſactionem: alii vero diſtinguunt, vt ſiquidẽ ciuiliter actio fuerit intẽtata, tranſactio procedat, valeatq; de criminibus priuatis: ſin verò criminaliter, non valeat. Et ita Alciat. & Gilck. in *dict.l.18.Codis de tranſact.* Andr.Fachin.*1. contr. 9.* quibus & author noſter ſubſcribit: denique diſtinguunt, vtrum lis conteſtata ſit, an non ſit conteſtata, vt priori quidem caſu de criminibus priuatis nec tranſigere, nec precio paciſci liceat, ſed tranſigens aut paciſcens pœnam infamiæ incurrat *dict. l. 4. §. fin. l. 5.& 6.* Poſteriori verò caſu, quo nempe lis nondum conteſtata eſt licita ſit atque impunita tranſactio *l. interdum §. qui tutelam. ff. de furt. l. ſi pro fure. Digeſt. de condict. furtiv. l. poſt deciſionem C de furt.*

Quæ ſententia rectè intellecta eſt veriſſima. Quod enim primò poſt litem cõteſtatam non liceat de criminibus priuatis tranſigere aut precio paciſci, haut obſcurè probant ſupra adductæ leges, vt *l. 4. l.5.l.6.Digeſt de his qui not.infam. §.2. Inſtitut. de pœn.tem. litigant.* Qui textus, etſi prima fronte videantur generaliter & indiſtinctè loqui, eos tamen ad tranſactionem, poſt litis conteſtationem interpoſitam, reſtringendos eſſe, ex ratione, quam Paulus Iuriſconſultus in *dict. l. 5.* adducit, perſpicuum eſt: nam cur de criminibus priuatis tranſigens infamiæ pœnã incurrat, ratio iſta eſt, quod reus confiteri crimen videatur, qui, data pecunia, tranſigit, aut paciſcitur: iam verò certi atque indubitati iuris eſt, quod confeſſio ſolum iudicialis vim habeat iudicati, & is demum pro iudicato habeatur, qui iudicialiter eſt confeſſus *leg. edicto §.penultim Digeſt ad noxal. act.* cui conſequens eſt, quod omnes illæ leges, quibus ſub pœna infamiæ tranſactio ſuper criminibus priuatis interdicitur, intelligi debeant de tranſactione non ante, ſed poſt litis conteſtationem interpoſita, cum ex ratione legis mens legis optimè intelligatur.

Cæterum quod iam dixi, de criminibus priuatis poſt litis conteſtationem eſſe tranſactionem interdictam, id de reo ſolum, non etiam de actore intelligendum eſt: ſiquidem ratio, ob quam tranſigentes incidant in pœnam infamiæ, quæ hæc eſt quod crimen confiteri videantur, ad reum duntaxat, non etiam ad actorem pertinet.

Deinde quod & pactio de priuatis criminibus infamiæ pœna vindicari dicitur, id ipſemet Vlpiano interprete, de pactione quæ precio fit, accipi debet *d.l.6.§. 3. ff. de his qui not.infam.* Rationem verò huius eam Weienbecius adducit, quod is, qui precio paciſcitur aliquid faciat & quodammodo.

dammodo emat redemptionem iudicii, idque cum ſuo incommodo, quia dat precium. Cum autem nemo præſumatur iactare ſuum. *l. Cum de indebito. 25. §. qui enim. ff. de probat.* non præſumitur ſine cauſa, ſed ex conſcientia delicti, precium dediſſe. Et ideo cum precio paciſcens pro conuicto atque confeſſo haberi debeat & perinde eſſe, ac ſi de delicto condemnatus eſſet, infamiæ pœna affici debeat: contra vero cum ratio iſta in eo, qui gratis paciſcitur, deficiat & is nil quicquam det aut faciat, vnde præſumptio confeſſionis elici debeat, ſed ſolum acceptet remiſſionem litis, acceptatio autem nemini fraudi eſſe debeat, quia adiuuari nos, non etiam decipi oportet *l. ſicut certo. 5 § fin ff. commodat.* Ideo gratuita pactio de priuatis criminibus reo etiam licita eſſe debeat.

Quod ſi ante litis conteſtationem tranſactio pactioue interponatur, non ſolum infamiæ pœna tranſigens nō mulctatur, ſed etiam ab accuſatore plenam liberationem conſequitur. Etſi enim & hic tranſigens aut precio paciſcens pro confeſſo haberetur, confeſſio tamen iſthæc ſaltem extraiudicialis adeoq; ad condemnationem inſufficiens foret *d. l. Edicto. §. pen. ff. de Noxal. act.*

De prioribus duobus opinionibus quidnam habendū dixi *in d. tract. de tranſact c. 3. q. 17.* vbi fundamenta ipſarum ſolide refutaui.

Lit F. Qu. 55. *An ſuper crimine non-capitali tranſigentes in falſum incidant?*

Addunt Imperatores *in d. l. 18. C. de tranſact.* CIRCA FALSI ACCVSATIONEM, quæ verba quomodo accipienda ſint, valde ambigitur: etenim pleriſque placet voculam CITRA hoc in loco exceptiue poni pro PRÆTER, quaſi hoc Imp. reſcripſiſſent, tranſigere de criminibus non-capitalibus permiſſum non eſſe, præter accuſationem falſi, de qua tranſigi liceat, & ita ſtatuunt Gouean. *1. variar. lect. 30.* Goëdd. *de contrahend. ſtipul. c 6 num. 160.* Borcholt. *de tranſact. cap. 3. num. 93.* Cuiac. *6. obſ. 11.* Bronchoſt. *1. aſſert. 43.* Fachin. *1. contr. 9.* Alciat. *5. paradox. 9.* Del-Rio Sichar. Alciat. & Bartol. *in d. l. 18.*

Alii vero ſtatuunt, prædictam voculam CITRA idem denotare quod *ſine* & *abſque*, vt ſenſus ſit legis, de non-ſanguinariis criminibus non licere tranſigere ſine accuſatione falſi, hoc eſt vt tranſigens incidat in falſi crimen & accuſationem.

Atque ſic voculam iſtam CITRA hoc loco accipiendam contendunt Donellus, Gilckenius *in d. l. 18.* ibidemque Glock. *part. 4. cap. 2.* Weſenbec. *in paratit l. de tranſact. num. 5.* Ræuard. *4. Var. 6.* Caſpar Schifordeck. *2. Tractat. 2. q. 1.* quibus & ego haut inuitus ſubſcribo.

1. Quia vocula CITRA in iure noſtro, & extra ius etiam, apud bonos, probatos latinos ſcriptores idem proprie ſignificat, quod SINE & ABSQVE: ſic enim dicitur *citra abolitionem* pro *ſine abolitione l. 16. ff. de appellat. l. 1. §. 1. ff. de feriis.* Citra cauſæ cognitionem *pro* ſine cauſæ cognitione *l. 8. §. ſi prator. ff. de tranſact.* Citra authoritatem *pro* ſine authoritate *l. 4. ff. de admin. tut.* Citra auxilium reſtitutionis *pro* ſine auxilio reſtitutionis *l. 16. ff. de minor.* Citra prouocationem *pro* ſine prouocatione *l 1. §. 1. ff. quæ ſent. ſine appellat.* Citra veniam *pro* ſine Venia *l. 6. §. qui iudicis. ff. de decurionib.*

Quanquam igitur eadem vocula CITRA interdum exceptiue ponatur pro PRÆTER, vt *in l de ſeruo. ff. de Calumniat. l. 1. Digeſt de pign act. l & quid ſi. §. Præter. ff. de vſur. l. vnic. Codic. de rei vxor. act.* ab altera tamen iſta vocabuli huius vſitata & genuina ſignificatione recedendum hoc loco non eſt *arg. l. Non aliter. de legat. 3.*

2. Quia ratio nulla ſufficiens dari poteſt, quæ ſuadeat crimen falſi ab aliis criminibus non-Capitalibus excipi, de eoque tranſactionem permittere, vt docui admodum prolixe *in d. tract. de tranſact. c 3. p. 266. & ſequentib.*

3. Et deniq; quod de crimine falſi tranſigere non liceat, adeoque *in d. l. 18.* non excipiatur à regula de non-capitalib. criminibus tradita, euincit *l. quæſitum 5 ff. ad SC. Turpill. l. 5. Codic. eod. titul. l. 1. §. Accuſationem verſicul. Atquin Papin. Digeſt. ad SC. Turpill.*

Quocirca dicendum non eſt, voculam CITRA *in d. l. 18.* exceptiue eſſe poſitam, crimenque falſi à regula, ibi propoſita excipi, de eoque tranſigi ab Impp. permitti. Interim vero non negatur de falſo tranſigere licere, vt etiam euincit *l. 7. C. ad l. Cornel. de falſis.* Non equidem ignoro, diſtinctionem hanc inter falſum & accuſationem falſi, paſſim à diſſentientibus reiici & impugnari.

1. Quia cum accuſatio falſi ex falſo deſcendat, abſurdum ſit dicere de falſo aliquem tranſegiſſe: de accuſatione autem falſi non item: ſiquidem is, qui ſuper falſo acquieſcit; ſimul etiam ſuper accuſatione falſi tranſigere, eamque abolere intelligatur.

2. Quia *in d. l. Tranſigere, 18. Cod. de tranſact.* Dioclet. & Maxim. non dicant ſuper accuſatione inſtituta licere vel non licere tranſigere; ſed expreſſe de crimine ipſo vel non-capitali loquantur.

Veruntamen, quod ſuperior diſtinctio inter falſum & accuſationem falſi vera ſit, & propoſito noſtro plane accommodata, hinc manifeſte liquet, quod ſicut delictum ab accuſatione delicti differt, ita quoque falſum differat ab accuſatione falſi: ſuper delictis non capitalibus ante accuſationem inſtitutam licet tranſigere, vt ſupra à nobis prolixe demonſtratum fuit. At vero ſuper ipſa accuſatione delicti non-capitalis, iam tum inſtituta tranſigere prohibetur: ſuper furto tranſigere licet, *l. 7. §. 27 ff. de pactis.* ſuper actione vero & accuſatione furti non item, *l. 4. 5. & 6. ff. de his qui not. infam.* Igitur licet ſuper falſo, ſiue delicto falſi tranſactio permittatur, non tamen protenus etiam de accuſatione falſi tranſactio conſimiliter erit permiſſa. Nec obſtat, quod de falſo, qui tranſigit idem per conſequens de accuſatione falſi tranſigere cenſeatur, cum delicto & crimine falſi ſublato, conſequenter etiam accuſatio ſublata videatur.

Nam diſtinguendum eſt inter accuſationem inſtitutam & inſtituendam: cum enim de falſo tranſigitur, de accuſatione quoque falſi inſtituenda tranſactum eſſe, non etiam de inſtituta cenſetur. Iam vero cum hic de accuſatione falſi prohibitam dicimus tranſactionem, non intelligimus accuſationem inſtituendam, ſed iam inſtitutam. Atque hæc diſtinctio confirmatur exemplo quoque omnium delictorum publicorum non-capitalium: de his enim eorumque accuſatione inſtituenda, tranſactionem eſſe permiſſam, ſupra in exercitatione proxima docuimus: de accuſatione vero illorum iam inſtituta tranſactionem illicitam ac prohibitam eſſe *in exercitat. 12.* clare oſtendimus.

Pari modo non refragatur nobis, quod *d. l. Tranſigere*, de crimine falſi expreſſe ſit concepta; reſpond. Diuerſa enim hæc ſunt crimen & delictum: cum crimen proprie ſit criminatio, nec crimen ſit antequam accuſatio de delicto & facinore ſit inſtituta Donell. *in d. l. Tranſigere. 18 num. 10.* Deinde etſi crimen idem eſſet, quod delictum d. tamen *legis, Tranſigere,* de crimine iam tum delato & ſuper quo accuſatio iam inſtituta erat, accipienda foret. Quia alias de delictis Non-ſanguinariis etiam ante accuſationem inſtitutam tranſactio *in d. l. Tranſigere,* eſſet prohibita. Quod tamen dictu falſum & abſurdum eſſe multis argumentis euincimus.

Ex his itaque relinquitur quod de crimine falſi non magis atque de cæteris non-ſanguinariis pœnis tranſactio permiſſa ſit; & ideo hoc ſaltem velint *in d. l. 18.* Impp. quod de criminibus non capitalibus non liceat tranſigere ſine falſi accuſatione,

ſatione, ſed tranſigens falſi accuſationem & crimen incidat. Etenim falſi tenetur is, qui, vt verum non appareat, quippiam celauerit *l. instrumento 16. Digeſt. de falſis.* Hoc autem faciat accuſator, qui de crimine non capitali cum aduerſario tranſigit: veras enim probationes celat, quo crimen vere admiſſum non appareat. Deinde falſi accuſatio conſtituta eſt in eos, qui conuentione litem aut accuſationem deſerunt: ea autem accuſatio falſi eſt accuſatio Turpil. Quandoquidem SC. Turpil. ad eos pertinet, qui aut falſa crimina intendunt, aut falſas reorum accuſationes admittunt. Donell. & Antonius Faber.

Hodiernis ſane moribus, teſte Iulio Claro, in delictis etiam non capitalibus tranſactio impunita & licita eſt & hactenus vim habet, vt ius inter partes faciat, & tranſigentem litemque remittentem accuſatorem ab accuſando in poſterum remoueat, vt ſupra de tranſactione ſuper criminibus capitalibus dictum fuit.

RESOLVTIO THESIS Vltima.

Lit. A. Tranſactio ſtricti eſt iuris, nec ad alias res aut alias perſonas, de quibus expreſſe concepta non eſt, extenditur.

Qu. 56. *Ad quaenam extendatur tranſactio?*

Quod enim ad alias res, quam de quibus expreſſe inter tranſigentes conuenit, extendi & porrigi tranſactio non debeat, claris verbis teſtatur Vlpianus *in l. 9. §. 1. ff. de tranſact. Tranſactio*, inquiens, *quaecunque fit, de his tantum, de quibus inter conuenientes placuit, interpoſita creditur.*

Cui adſtipulantur Impp. *in l. 31. Codic. eod. tit. Si de re certa pacto tranſactionis interpoſito hoc comprehenſum erat, nihil amplius peti, etſi non additum fuerit, eo nomine, de caeteris tamen quaeſtionibus integra permaneat actio.* Ex quo perſpicuum eſt, quod tranſactio etiam generalis ſtricte accipi debeat.

Cur autem ſtricte ſit accipienda tranſactio, ratio obſcura non eſt. Etenim qui tranſigit, ille litem remittit atque iure ſuo quodammodo cedit. Quocirca quatenus non expreſſe litem remiſit, eatenus praeſumitur illam noluiſſe remiſſam.

Sic etiam ad alias perſonas, quam de quibus concepta eſt tranſactio, eam non eſſe porrigendam probat *l. 3. pr. ff. de tranſact.* vbi Scaeuola *Impp. ait Antoninus & Verus ita reſcripſerunt: priuatis pactionibus non dubium eſt non laedi ius caeterorum, quare tranſactione, quae inter heredem & matrem defuncti facta eſt, non videri reſciſſum teſtamentum &c.*

Idemque *in l. 1. C. eod. tit.* haut obſcure Impp. indicant.

Hinc igitur recte deducit Autor noſter, quod is, qui de iniuria illata tranſigat, non cenſeatur damni iniuria dati perſecutionem remiſiſſe, quoniam alia eſt perſecutio iniuriae, alia perſecutio damni dati iniuria.

Caeterum ſi principale fuerit tranſactione remiſſum cenſetur etiam remiſſum eſſe acceſſorium, quoniam hoc ſemper ſequitur principale, atq; ſublato principali, eſſe & ſubſiſtere nequit.

Quocirca ſi principale negotium tranſactione fuerit compoſitum, remiſſae quoque videntur litis expenſae, quae iure acceſſionis debentur & praeſtandae veniunt officio iudicis mercenario, quod ceſſat, vbi tranſactione lis finita & compoſita eſt *l. Centum Capuae. ff. de eo quod certo loco.*

Alia ratio eſt expenſarum contumaciae, quia haec debentur non officio iudicis, ſed principaliter & iure actionis *l. vnic. C. ſi quis ius dicent.* Igitur quamuis de principali negotio ſit tranſactum, non tamen propterea etiam de his expenſis tranſactum cenſetur, quoniam ſunt diuerſae à re principali, nec acceſſorie, ſed principaliter debentur Gail. & Mynſing. in loco ab Autore allegato.

Eſſe-

Effectus porro tranſactionis non minor eſt, quam rei iudicatæ *l. 20. C. de tranſact.* Sicut enim res iudicata lites finit, ac decidit, finemque controuerſiæ imponit, ita quoque tranſactio lites finit. *l. 16. in Verb. tranſactionbus legitimis finitas C. de tranſact.* vnde & deciſio in iure dicitur *l. 13. C. de fur. l. 17. in Verb.* litem quam tecum habuit tranſactione deciſam *C. de tranſact.*

Quin imo maiorem in eo vim habet tráſactio re iudicata, quod ſi acceptilatione vel ſimplici, vel ea, quæ fit per Aquilianam ſtipulationem, fuerit facta, ipſo iure litem perimat, cum res iudicata ope ſolum exceptionis actionem tollat *l. 4. C. de tranſact.*

Qu. 57. *Ex quibus cauſis tranſactio reſcindatur?* Hinc quibus ex cauſis à re iudicata recedere, ex iiſdem à tranſactione reſilire permiſſum eſt. Et ſicut ab iis, quæ ſemel iudicata ſententiaque iudicis terminata & deciſa ſunt, pœnitendo facile reſilire non licet: ita quoque ab illis quæ tranſactione finita ſunt atque compoſita temere recedere non permittitur: alias enim nullus foret litium finis, ſi à tranſactionibus, bona fide finitis, cœperit facile diſcedi *l. 10. C. de tranſact.*

Cæterum quin vtriuſque tranſigentis mutuo conſenſu liceat à tranſactione abire, dubium non eſt: cum enim tranſactio mutuo contrahatur & perficiatur cõſenſu, ideo etiam mutuo conſenſu rurſus diſſolui poteſt, *arg. l. nihil tam. de R. Iur.*

Quo ſpectare videtur illud Dioclet. & Maximin. reſcriptum *in l. 14. C. de tranſact.* vbi *ſi diuerſa*, inquiunt, *pars contra placitum agere nititur, æquitatis ratio ſuadet, refuſa pecunia, ſi & tu hoc deſideras, cauſam ex integro agi.*

Cui accedit quod æquiſſimum ſit pactum nouiſſimum ſeruari *l. pacta nouiſſima C de pact.* Atqui pactum hoc, quo placuit à tranſactione diſcedi, eſt nouiſſimum. Igitur hoc ſeruari debet.

Cęterum hoc ita procedit, ſi tranſactio facta ſit pacto conuento, ſecus ſi acceptilatione vel Aquiliana ſtipulatione: tunc enim actio, ſemel extincta, ſolo pacto reſtitui non poteſt *arg. l. 27. §. pactus. ff. de pact.*

Hæc autem de tranſactione vera & legitima accipienda eſſe inepte ac fruſtra monet Autor noſter, cum conſtet quod legitimum & iure perfectum non eſt, pro nullo haberi §. *fin. quib. mod. teſt. infirm.* & paria ſunt non eſſe factum & illegitime eſſe factum.

De pœna eius qui maior 25. annis contra iuratam tranſactionem venit, dicetur infra in diſputat. ſequent. 8. theſi 5. circa finem.

Etſi vero à tranſactione perfecta temere recedenda non liceat vt dictum; ſi tamen ad eam dolo malo inductus fuerit, dubium non eſt, quin ei cõtra tranſactionem ſubueniatur: at quomodo ei ſubueniatur, expeditum non eſt. *Lit. C.*

Sunt enim qui tranſactionem cui dolus initium dedit ipſo iure nullum eſſe exiſtiment è quorum numero ſunt Fulgoſius & Petrus Gilkenius *in l. ſub prætextu C. de tranſact.* moti inprimis *l. 65. §. 1. ff. de condict. indeb.* in qua dicitur, ſi euidens calumnia ſit actoris, alteri litem mouentis, tranſactionem imperfectam eſſe & repetitionem eius, quod tranſactionis nomine datum eſt, competere.

Sed mihi magis probatur illorum ſententia, qui ſtatuunt, tranſactionem cui cauſam & initium præbuit dolus, non eſſe ipſo iure nullam, ſed iure ſtricto ſubſiſtere: Sic tamen, vt ſi reus dolo inductus, tranſegerit, competat ei aduerſus actorẽ, ex placito tranſactionis agentem, doli exceptio atque datorum repetitio: Sin vero actor dolo circumuentus tranſegerit, tum ſi quidem tranſactio per pactum cõuentum fuerit facta priori actione agere eamque aduerſus reum tranſactionis exceptionem obiicientem doli mali replicatione defendere queat: Si autem per Aquilianam ſtipulationem tranſactio ſit facta, doli mali actio actori competat.

Quæ

Digitized by Google

Quæ ſententia in legibus diſerte expreſſa reperitur: nam *in l.19. Codic. de tranſact.* ita Impp. reſcribunt: *Si per ſe vel per alium ſubtractis inſtrumentis, quibus veritas argui potuit, deciſionem litis extorſiſſe probetur: Siquidem actio ſupereſt, replicationis auxilio doli mali, exceptio pacti remouetur: ſi vero iam perempta eſt, intra conſtitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.*

Sed vtrum cum actione doli concurrat actio præſcriptis verbis, dixi infra *diſput.11. theſ.6. Lit.E.* & *in d. tract. de tranſact. cap. 4. quæſt. 3.*

Qu. 58. *An ſententia & tranſactio, ex falſis inſtrumentis facta, reſcindi poſſint?*

Illud hoc etiam loco expediendum videtur, q controuerſia nõnulla carere videtur, vtrum & quomodo ſententia & tranſactio ex falſis inſtrumentis celebrata reſcindatur?

Et quidem quod reſcindatur, inter omnes conuenit & probat *l. penult. Cod. de tranſact.* dũ illic in hęc verba ſcribitur: *Si ex falſis inſtrumentis pactiones vel tranſactiones initæ fuerint, quamuis iusiurandum de his interpoſitum fuerit, etiam ciuiliter falſo reuelato, eas retractari præcipimus.*

Sed hoc controuerſia non caret, vtrum ipſo iure reſcindatur an vero iure ſtricto ſubſiſtat, & remedio aliquo reſcindenda veniat?

Et quod ipſo iure nulla ſit tranſactio ex falſis inſtrumentis facta, ſtatuit poſt Bart. Bald. Alexand. Iaſon. Curt. Iunior. Alciat. *in l. ſi ex falſis Codic. de tranſact.* Vdalricus Zaſius *1. ſingul. reſponſ. 13.* Quorum hæc ſunt fundamenta.

1. In *l. qui agnitis. ff. de except.* ſignificat Modeſtinus, ſententiam ex falſis inſtrumentis latam, non defendi exceptione rei iudicatæ, ſed ipſo iure eſſe nullius momenti.

2. Falſitas inſtrumentorum inficit ſententiam vitio intrinſeco & formali, quia cum res iudicata pro veritate habeatur, iam falſitate manifeſte apparente, veritatis ceſſat præſumptio & ſubſtantia, quia nihil eſt vero magis contrarium, quã falſum. Reſtitutio vero in integrum vitia duntaxat accidentalia reparat. Quibus conſequens eſt, vt cum ſententia & tranſactio pari iure cenſeantur *l. non minorem. Cod. de tranſact.* tranſactionem quoque ipſo iure, abſque reſtitutione in integrum, tolli.

3. Sicut falſus tutor non eſt tutor & falſum teſtamentum non eſt teſtamentũ *l. Paulus. de verb. ſignif.* ita quoq; tranſactio falſa non eſt tranſactio.

Cæterum contraria ſententia, quod tranſactio, quæ ex falſis inſtrumentis proceſſit, non ſit ipſo iure nulla; ſed reſcindatur per in integrum reſtitutionem, communis eſt, fatente Vdalrico Zaſio *in d.c. 13.* Eamque ſequuntur Menoch. *lib.2. cent. 1. caſu 13. arbitr. iud. quæſt.* Donellus *ad d.l.42. C. de tranſact.* Nititur autem his potiſſimum fundamentis.

1. In *l. ſi ex falſis. 24. Codic. de tranſact.* Imperatores iubent tranſactionem, ex falſis inſtrumentis factam, RETRACTARI, quod verbum cum ſit futuri temporis, non operatur ipſo iure ſed per ſententiam *l. Iubemus. §. ſane Codic. de SS. Eccleſ.*

2. In *l. Diuus. 33. ff. de re iudicata* expreſſe iubetur ſententia talis, quæ ex falſis inſtrumentis lata eſt, per in integrum reſtitutionem reſcindi: verba illius legis hæc ſunt: *Diuus Hadrianus aditus per libellum à Iulio Tarentino: & indicante eo falſis teſtimoniis, conſpiratione aduerſariorum teſtibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumuentam eſſe, in integrum cauſam reſtituendum in hæc verba reſcripſit: exemplum libelli dati mihi à Iulio Tarentino, mitti tibi iuſſi, tu ſi tibi probauerit conſpiratione aduerſariorum & teſtibus pecunia corruptis oppreſſum ſe & rem ſeuere vindica, & ſi qua à iudice tam malo exemplo circumſcripto iudicata ſunt, in integrum reſtitue.*

Reſpondet Vdalricus Zaſius ideo hic opus fuiſſe ad ſententiam reſcindendam, in integrum reſtitutionem, quia falſitas

Digitized by Google

non fuerit detecta, ſed ſolum ex eo præſumpta, quod allegaretur, teſtes eſſe pecunia corruptos, atque ob id de falſitate non conſtiterit expreſſe.

Sed reiicit & improbat hanc Interpretationem Menochius, quia verba hæc ſi tibi probauerit, præſupponant, quod antequam reſtitutio illa concedatur, probandum ſit, latam eſſe ſententiam per conſpirationem aduerſariorum, teſtibus pecunia corruptis, detegi itaque debeat ante omnia teſtes fuiſſe corruptos atque falſum tuliſſe teſtimonium, antequam reſtitutio concedatur, cum verba iſta, *Vt ſi probauerit*, conditionem ſignificent *l. 1. ff. de condit. & demonſtrat.* Conditio autem omnia adimpleri deberi debeat, vt diſpoſitioni locus eſſe poſſit.

Mihi circa propoſitam quæſtionem ſic ſtatuendum puto: ſi actor, falſis adductus inſtrumentis, litem pacto duntaxat remiſit, tum actio vetus manſit ſalua & integra *l. 5. Codic. de pact. l. ſub prætextu Inſtrumenti. Codic. de tranſact.* Hac igitur actione, qui tranſegit, ſi vtatur, eique opponatur exceptio pacti, dabitur illi replicatio doli qua exceptionem elidat *arg. d. l. ſub prætextu. & l. ſiue C. de tranſact.*

Replicatio exinde, quia dolo malo facit, quisquis petit ex cauſa, quæ nulla eſt *l. 2. §. 1. ff. de doli mali except.* proinde cum hoc caſu actor ipſo iure munitus ſit, non deſiderat in integrum reſtitutionem.

Quod ſi vero actor vel acceptilatione, vel Aquiliana ſtipulatione tranſegerit, quoniam vetus actio extincta eſt, ideo illa amplius experiri non poteſt *l. 4. vt reſponſum. Codic. de tranſact.* Nec competet actio doli, ſi nullus dolus eius interuenerit: proinde nullum aliud remedium ſupererit, quam in integrum reſtitutio.

Nec valde refragantur, quæ ex Zaſio fuerunt allata, quibus ipſe probare conatur quod tranſactio, ex falſis inſtrumentis facta, ipſo iure ſit nulla: nam ad primum reſpondetur, adductam *L. qui agnitis.* recte conſideratam potius confirmare ſententiam noſtram: nam dum illic Modeſtinus ſcribit, nullam eſſe habendam rationem præſcriptionis ſuper inſtrumento falſo cauſatæ ea ratione vtitur, quia principalibus conſtitutionibus definitum eſt, rem iudicatam falſis inſtrumentis latam, retractari; refert itaque conſtitutionem illam principalem ex *d. l. Diuus. 33. ff. de re iudicata*, quæ eam reſtitutionem in integrum requirit; atque ita textus ex textu declarari debet.

Ad ſecundum Zaſii argumentum reſpondet Menochius dolum, qui falſi ſit ſubſtantia, non annullare actum ipſo iure *l. penult. C. de inutil. ſtipulat.* Deinde probationes non deſiderari ad ſubſtantiam ſententiæ, cum ſine illis ſententia valeat. *l. prolatam. C. de ſentent. & interlocut. omnium iud.* etſi igitur inſtrumenta falſa eſſe detegantur, non tamen ipſo iure ſententia vel tranſactio, quæ illi æquiparatur, annullatur, vt probat Alciat. *in d. l. ſi ex falſis.*

Ad tertium reſpondeo, committi elenchum comparationis, ſiquidem falſus tutor falſumque teſtamentum, de quibus loquitur adducta L. Paulus intelligi de illis quæ quoad ordinationem & conſtitutionem plane ſunt vitioſa & inutilia: Atqui in caſu noſtro de tranſactione, ex falſis inſtrumentis facta, hoc minime aſſeri poteſt, cum inſtrumenta neque ad ſubſtantiam, neque ad ordinationem tranſactionis, ſed ad eius duntaxat probationem requirantur.

Poſtremo non faciunt pro Zaſii ſententia *l. 1. 2 & 3. Codic. ſi ex falſis inſtrument.* in quibus hoc tantum conſtituitur, quod ſententia ex falſis inſtrumentis lata, non valeat; ſed quod ipſo iure non valeat, verum inutilis ſit, ibidem non declaratur, idcirco explicari debent ex *d. l. Diuus*, ſic vt per in integrum reſtitutionem ſententia reſcindatur.

Sed

Digitized by Google

Sed vtrum in tranſactione locum habeat beneficium *l. 2. Codic. de reſcind. vendit.*ſic vt ſi in tranſigendo alteruter tranſigentium læſus ſit enormiter tranſactio reſcindatur, admodum controuerſum eſt? Placet nobis negantium opinio quam prolixe defendimus refutatis diſſentientium fundamentis, *in tract. de tractat.c.5.q.8.*

Eamque ſententiam procedere exiſtimamus,etſi læſio fuerit enormiſſima.

Finis huius diſputationis ſeptimæ.

Digitized by Google

VOLVMINIS PRIMI DISPVTATIO OCTAVA,

De

POSTVLANDO ET INFAMIA.

QVÆSTIO I.

I. An coram iudice pedaneo fiat poſtulatio? 510

II. Vndenam olim de pubertate fuerit iudicatum? 513

III. An vltimus annus ætatis minorennis cœptus pro completo habeatur? 515

IV. Aduocatus pauperum vnde accipiat ſalarium? 517

V. An honeſta & verecunda fœmina ſit ad poſtulandum admittenda? 519

VI. An fœmina ad regni gubernacula admitti debeat? 520

VII. An qui cæcus eſt, poſſit iudex conſtitui? 524

VIII. An infamia tollatur ſi princeps criminis admiſſi gratiam faciat? 529

IX. An pontifex Romanus poſſit in integrum reſtituere infames? 530

X. An Collegium Cardinalium poſſit in integrum reſtituere? 531

XI. An tollatur infamia, ſi pœna temporalis ſit finita? 532

XII. An Clerici poſſint poſtulare? 535

XIII. An poſtulare prohibiti, ſi poſtulauerint, puniantur? 537

XIV. An Clericus à pluribus Eccleſiis beneficia habens, amittat beneficium, ſi pro vna contra alteram poſtulet? 538

XV. An Vaſallus contra dominum poſtulans feudo priuetur? 539

XVI. An donatio reuocetur, ſi donatarius patrocinetur aduerſario donatoris? 541

XVII. An aduocatus, vnius partis rationibus inſtructus, poſſit ad alteram partem tranſire? 542

XVIII. An aduocatus qui iureiurando patrocinium promiſit, comperta iniquitate, cauſam deſerere poſſit? ibid.

XIX. An cauſa dubia poſſit ſalua conſcientia defendenda ſuſcipi? ibid.

XX. An in cauſa bona liceat aduerſarium dolo vincere? 543

XXI. An liceat aduerſarij cauillationes & fraudes eludere fraudibus & cauillationibus? 544

XXII. An aduocatus ante finẽ anni mortuus trãſmittat ſalariũ ad heredes? 546

XXIII. Quidnam dicendum ſit, ſi ſub hac conditione ſi opera præſtentur, promiſſum ſit ſalarium? 548

XXIV. An infamia rectè definiatur famæ & exiſtimationis imminutio? 549

XXV. An infamia rectè diuidatur in infamiam facti & iuris? ibid.

XXVI. An infamia iuris etiam innocenti irrogetur? 552
XXVII. An vidua intra annum luctus nubens infamia notetur? 554
XXVIII. An polygamia hodie ſub nouo teſtamento licita ſit & conceſſa? 557
XXIX. An olim in veteri teſtamento polygamia fuerit licita? 561
XXX. An qui duas ſimul habuerit vxores, committat adulterium, an vero ſtuprum? 564
XXXI. An notetur minor quaſtus cauſa artes ludicras exercens? 568
XXXII. An fœneratores ipſo iure fiant infames an verò ſententia iudicis? 569
XXXIII. An fœneratores alia inſuper pœna, quam infamia puniantur? 570
XXXIV. An à iurata tranſactione recedens ipſo iure, an verò ſententia iudicis fiat infamis? 572
XXXV. An poſitio l. 41. C. de tranſact. locum habeat in fœmina? 573
XXXVI. An pœna d. l. 41. aduerſus heredem iuratò tranſigētis locum habeat? 574
XXXVII. An diſpoſitio d. l. 41. ad vniuerſitatem pertineat? 575
XXXVIII. An diſpoſitio l. 41. C. de tranſact. pertineat ad minores? 575
XXXIX. An diſpoſitio d. l. 41. ad contractus extendi poſſit? 577
XL. An diſpoſitio d. l. 41. locum habeat, in pactis & tranſactionibus quæ quis per fidem Chriſtianam ſeruare promittit? 579
XLI. An ad pœnas d. l. 41. euitandas moræ purgatio admittatur? 581
XLII. An de crimine ſtellionatus damnatus ſit infamis? 585
XLIII. Quare damnatus de damno iniuria dato non fiat infamis? 586
XLIV. An ob latam culpam damnatus ſit infamis? 587
XLV. Quando oblatione debiti infamiam reus euitet? 590
XLVI. An relegatio infamet? 593
XLVII. An ceſſio bonorum infamet? 596
XLVIII. An infamis poſſit creari tabellio? 597

RESOLVTIO DISPVTATIONIS VIII.

De

POSTVLANDO ET INFAMIA.

THESIS I.

Reſolutio.

Litera A. VErbum Postvlari eſſe latiſſimum, atque ad iudicia tam publica, quam priuata referri teſtatur author noſter hoc in loco. Sic vt in publicis iudiciis poſtulare nihil ſit aliud, quam petere à prætore, vt liceat ſibi lege aliqua publicorum iudiciorum, quempiam interrogare, vtrum in eam legem commiſerit, necne vt ſi fateatur ei lis æſtimetur, ſi neget, eius nomen in reos referatur; id quod etiam teſtimoniis Marci Tullii Ciceronis confirmat Franciſc. Hotomann. ſic enim ille ad *Q. Fratrem libro 1.* Quod cum de ambitu Gabinium vellet poſtulare neque prætores diebus aliquot

adiri poſſent, vel poteſtatem ſui facerent, in concionem aſcendit. Et Cælius Ciceroni: inſolentiſſimi homines Circenſibus ludis poſtulandum me lege Scantinia curarunt. Idem illud mihi occurrit, quod inter poſtulationem & nominis delationem vxor à Dolobella diſceſſit. Item in diuinat. nuper cum in P. Gabinium L. Piſo delationem nominis poſtularet: equidem Briſſonius in loco ab authore citato poſtulare idem ait ſignificare, quod accuſare ſeu nomen deferre, non male meo iudicio, quamuis hanc ob cauſam ab authore noſtro reprehendatur: quandoquidem in *leg. 53. Digeſt. de fideiuſſoribus* capitis poſtulati dicuntur fideiuſſores pro capitis accuſare, *Capitis*, ait, *Papinianus, poſtulati fideiuſſores ex contractu citra vllam præſcriptionem à creditore, qui reum poſtulabit, rectè conueniuntur.* Sic & *Seneca 3. declam. 1. Deinde adultum prætori dixi & ingrati poſtulaui.* Quin & Vlpianus poſtulare definiens, quod ſit *deſiderium ſuum vel amici ſui in iure apud eum qui iuriſdictioni præeſt exponere vel alterius deſiderio contradicere l. 1. §. 2. Digeſt. de poſtulando,* ſatis perſpicue oſtendit, quod in iure noſtro vſitate poſtulare idem ſit quod deferre.

Nec tamen propterea priorem iſtam verbi huius ſignificationem repudiandā exiſtimo, ſed vtramque receptam fuiſſe ſtatuo.

Litera B. Eſt igitur poſtulare in iure noſtro, Vlpiano definitore, *deſiderium ſuum vel alterius in iure exponere, vel alterius deſiderio contradicere.* Quæ definitio paucis declaranda eſt.

Et primo dicitur poſtulare, qui IN IVRE deſiderium ſuum aut alterius exponit.

IVS in legibus noſtris pluribus modis dicitur, vt Paulus ſcribit in *l. 11. ff. de iuſtit. & iure.* inter alia vero locum illum denotat, in quo ius redditur; in hac itaque ſignificatione & hic capitur, quando poſtulare dicitur, qui deſiderium in IVRE exponit.

Quæ. 1. An coram iudice pedaneo fiat poſtulatio?

Hinc intelligitur, quod apud ſolum magiſtratum, veluti prætorem præſidem, &c. proprie poſtulatio fiat, non etiam coram iudice pedaneo. 1. Quia quodcunq; coram eo fiebat non dicebatur in iure fieri, ſed in iudicio: & ſane aliud erat ius olim & aliud iudicium: illi præerat magiſtratus, huic iudex datus. 2. Quia quodcunque fiebat in iure, id vel in tribunali, vel coram eo fieri dicebatur *leg. 4. §. penult. Digeſt. de damno infect.* At pedaneus iudex non habet tribunal, nec pro tribunali iudicat. 3. Quia in definitione poſtulationis, melioris intellectus gratia, hæc ſubiiciunturverba, *apud eum qui iuriſdictioni præeſt exponere.* Præeſſe autem iuriſdictioni dicitur magiſtratus ſolus, non etiam iudex pedaneus, qui nullam habeat iuriſdictionem, ſed omnis iuriſdictionis expers erat, vt dictum eſt ſupra in *diſput. 3.*

Neque huic obſtat *dict. l. 1. §. 5. verſ. Item h. titul.* vbi Vlpianus: *Item Senatuſconſulto etiam apud iudices pedaneos poſtulare prohibetur calumniæ iudicii publici damnatus.* Ex quo dicendum videtur, quod edictum de poſtulãdo etiam ad eos pertineat, qui coram pedaneo iudice poſtulant.

Reſp. Hoc, inquam, non obſtat, quoniam non negatur, quin etiam poſtulare dicantur, qui ſuum vel amici deſiderium coram pedaneo iudice exponunt, aut alterius contradicunt, ſed ad illos edictum non ſpectare prætoris contendimus: vnde etiā Senatuſconſulto dicitur prohiberi apud iudicē pedaneū poſtulare calumniæ publici iudicii damnatus, quoniam edictū prætoris, poſtulatione quibuſdam interdicens, de poſtulantibus apud pedaneum iudicem conceptum non erat.

Et hoc etiam ſatis perſpicue confirmat *princ. d. l. 1.* dum ibi Vlpianus ſcribit: *Hunc titulum prætor propoſuit habendæ rationis cauſa, ſuæq; dignitatis tuendæ & decoris ſui cauſa, ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtuletur.*

Subiicitur in definitione *deſiderium ſuum vel alterius exponere, vel alterius deſiderio* contra-

contradicere, ita vt non ſolum ille poſtulet, qui ſuum vel alterius deſiderium in iure exponit, ſed & illis, qui deſiderio alterius contradicit: prius illud dicit autor noſter actoris eſſe: hoc vero rei.

Sed vtrumque ego pariter ad actorem & reū rectè referri opinor: nam & actor rei, litem negatiue conteſtantis, deſiderio contradicit: petit enim reus ſeſe ab actione & accuſatione abſolui: at vero actor huic deſiderio rei contradicit, petēs ſibi reum condemnari, & actor exceptiones rei replicationib. elidendo contradicit vtiq; rei deſiderio. Sic & reus litē negatiue conteſtando deſideriū ſuum exponit, dum ſe ab accuſatione & actione actoris abſolui petit. Ita vt plane mihi perſuaſum habeam, non ſolum actoris, ſed & rei eſſe deſideriū ſuum in iure exponere; & contra tam actoris, quam rei eſſe deſiderio aduerſarii contradicere.

Litera D. Hi porro, qui poſtulant pro aliis, aliorumq; deſideriū in iure exponunt, vel aduerſarii aliorumq; deſiderio cōtradicunt, Advocati dicuntur in iure *l. 1. §. 4. l. 6. §. 1. ff. de poſtulan. tot. tit. C. de aduoc. diuerſ. iudicior & ſeqq.* ſic autem dicuntur, quod adüocentur, vt partibus adſint.

Dicuntur & Cauſidici apud Quintil. *lib. 12. c. 1. & in l. quiſquis 6. & ſeq. C. de poſtulando. l. 2. & l. vlt. C. de aduocat. diuerſ. iudicior.* Cuius appellationis rationem reddidit Apuleius, *apol 1. eò*, inquiens, *patronos litigatorum Cauſidicos nominari, quod cur quæq; facta ſint, expediant.* Melius vt mihi videtur idcirco Cauſidici dicuntur, quod cauſam dicant, orent & perorent *l. ſi quis & l. 11. in fine l. 13. C. de aduoc. diuerſ. iud.* Don. *18. com. 3.*

Quin & patroni dicuntur eo, quod defendēdo cauſam alterius & aduerſarii deſiderio contradicendo, cauſæ & illi, pro quo poſtulant, patrocinantur.

Hodie, maxime vero in Camera Imperiali, poſtquam teſte Gailio *1. obſ. 43.* omnis procurator ſimul etiam aduocatus, dicūtur etiam procuratores: quanquam alias inter procuratores & aduocatos plurimū eſſe diſcriminis infra *diſput. ſeq. ſub theſi 1. lit. B.* oſtendetur.

Poſtulare autem poſſunt omnes, qui non prohibentur, quoniam hoc dictum de poſtulando prohibitorium eſt *argum. l. mutu. 43. §. 1. ff. de procurator.* *Litera E.*

Eorum vero, qui prohibētur poſtulare, tres ordines fecit prætor: nam quoſdā in totū prohibuit poſtulare, hoc eſt, tam pro ſe, quam pro aliis: quoſdā prohibuit pro aliis poſtulare, pro ſe autem poſtulare permiſit: quoſdam deniq; prohibuit pro aliis poſtulare perſonis, pro ſe verò & certis perſonis poſtulare permiſit. *l. pr. ff. de poſtulando.* primo ordine continetur minor 17. annis *l. 1. §. 3. ff. de poſtulando.* Hic enim nec pro ſe, nec pro aliis poſtulare poteſt, nec ad rem facit, quod qui pubes eſt etiamſi hanc ætatem nondū attigerit, alicuius tamen ſit iudicii, ſic vt teſtamentum facere & contrahere, contrahendoq; ſeſe obligare poſſit *arg. §. vlt. Inſtit. quib. ex cauſ. manum. non lic. & l. 3. C. de reſtit. in integr. minor.* Etenim prætor hic non tā ad ingenii puerilis conditionem quam ad dignitatis ſui tuitionem ſpectauit. Nam vt Vlpian. in *pr. d. l. 1.* profitetur, hunc titulū prętor propoſuit *ſuæ dignitatis tuendæ, ſuiq; decoris cauſa.* Proinde, etſi fortaſſis, alicuius & iam bene confirmati iudicii ſit, qui 17. annos nōdum compleuit: à ſua tamē dignitate alienum prætor exiſtimauit cum hominibus adeo adoleſcentibus ac penè pueris, negotium habere Donell. *18. comm. 3.*

Et ſane poſtulatur in publico & apud prætorē, adſtante magna hominū, vt plurimum grauiſſimorū, corona, apud quos deſideriū ſuū exponere & aduerſarii contradicere ea, qua par eſt modeſtia, eloquētia & prudētia difficile ſane eſt, nec in pueros cadit, vt qui his vt plurimū animi dotibus, in iſta ætate, deſtituuntur, Ant. Fab. in *ration. ad l. 1. §. 3. ff. de poſtulando.*

Noluit proinde prætor ante annū 17. completū ad cauſas in iudicio perorandas minorem

Digitized by Google

minorem admitti: hac vero ætate adimpleta ideo ipſi poſtulandi facultatem conceſſit, quia, vt inquit Vlpianus, *moderatam hanc ætatem ratus eſt ad procedendũ in publicum, qua etiam ætate aut paulò maiore Nerua filius de iure reſponſitaſſe perhibetur.*

Nec obſtat *tot. tit. Cod. de his qui legitim. perſ. ſtandi.* nam iſte titulus ſecundum hãc *l.1. § 3.* neceſſario ad eos minores reſtringi debet, qui annum 17. nondum compleuerunt, quoniã hos idoneos eſſe ad procedendum in publicum perſonamque in iudicio ſtandi legitimam habere, diſerte hic pronunciatur.

Hinc rectè Bart. & commun. Dd. deducunt, quod minor 25. annis, ſi annum 17. compleuerit & tantos in iure progreſſus fecerit, vt gradum ſummum Doctoris annexaq; gradui iſti priuilegia mereatur, ad illud gradus vaſtigium euehi, Doctoris titulo inſigniri & priuilegiis ac immunitatibus doctoralibus condecorari debeat.

Si enim iſta ætas adeo moderata indicatur, vt qui eam compleuerit in publicũ procedere, cauſas perorare, deque iure cõſulẽtibus publicè reſpondere (quod Nerua factitaſſe dicitur) valeat, quæ ratio eſſet ipſum ab eiuſmodi honoribus ac priuilegiis arcendi, vt quæ non ætati, ſed eruditioni ac virtuti tribuantur.

Nec quicquam dubito, quin, hac ætate completa, non ſolum extra iudicium, ſed in iudicio quoque procurator eſſe queat, id quod Iuſtinianus in *§. 5. Inſt. quib. ex cauſ. manum. non licet.* haut quaquam diſſimulauit, quem textũ de iudiciali procuratore intelligendum eſſe, mihi perſuaſiſſimum habeo. Nec moueor textu iuris canonici in *cap. 5. de procurator. in ſext.* vbi minorem viginti quinque annis procuratorem exiſtere poſſe, diſerte negatur.

Quid enim huic textui autoritatis tribuendum, quidq; hac in controuerſia ſtatuendum ſit, infra diſputat. ſequenti pluribus exponam.

Iure Saxonico minor, abſq; curatore, legitimam ſtandi in iudicio perſonam nõ habet, vt expreſſe conſtitutum eſt *cap. 26. Lehenrecht, & lib. 3. landrecht art. 30.*

Et quanquam hoc nomine Bachov. autorem noſtrum reprehendat, quod & iure ciuili idem non minus cautũ ſit, quod videlicet minor 25. annis in cauſa propria & ex perſona ſua litigans, ſine curatore idoneam perſonam ſtandi in iudicio non habeat, adeoq; nulla penitus, quoad hoc, ſit inter ius Saxonicum & ciuile diſcrepãtia: mihi tamen Bachovium à vero ſcopo plurimum aberrare & Treutlerum iniuria reprehendere videtur, quoniam iure ciuili in propria cauſa minorem 25. annis in iudicio legitimam perſonam ſtandi nõ habere nequaquam concedendũ eſt. Obloquitur ſiquidem Iuſtinianus aperte in *§. fin. Inſt. quib. ex cauſis manum. non licet,* vbi hac ętate in publicum procedere permittit, nec diſtinguit, vtrum in ſua, an in aliena in iudicium procedere velit. Deinceps Vlpian. quoq; moderatam ait hanc eſſe ætatem ad procedendũ in publicũ & ad poſtulandũ in iudicio. At poſtulare dicitur non ſolum qui alterius cauſam, ſed & qui ſuam propriam in iudicio perorat.

Concedit itaque ICtus minori, completo anno decimo ſeptimo, in propria cauſa in iudicio ſtare; atq; ita manifeſtiſſima relinquitur inter ius Saxonicum & ciuile diſcrepantia.

Quin etiam quoad definitionem ac determinationem minorennis ætatis differentia eſt inter ius Saxonicum & ciuile.

Iure quippe ciuili, vt notiſſimum eſt, minorennis ſiue minor dicitur qui annum ętatis vigeſimum quintum nondum compleuit *leg. 1. §. 2. Digeſt. de minoribus.* Iure autem Saxonico minorennis ætas terminatur anno 21. completo. qua de re textus expreſſus eſt in *art. 42. Landrecht lib. 1.* cuius verba hæc ſunt: *Von ſeinen tagen, vnnd nach ſeinen Iahren, mag ein Mann vvol Vormünder haben, ob ers bedarff, vnd mag jhr vvol entbehren, ob er vvill, Wer aber ſeinen Vormünden zur*

den Zur hand nicht hat, der ſoll jhn bringen zu dem nechſten dinge, daß jhm auffgelegt vvirdt von Gerichts halben, vmb ſeine Sache oder klage, vber einvndzvvantzig jahr, ſo iſt der Mann zu ſeinen tagen kommen, vber ſechtzig jahr, ſo iſt er vber ſeine tage kommen, alſo, daß er Vormünden haben ſoll, ob er vvill, vnnd kräncket damit ſeine Buſſe nicht, noch ſein Wehrgeldt. Welches Mannes alter man nicht vveiß, hat er Haar in dem Bart, vnnd daniden auff dem heimlichen Gliede, &c. vnnd vnter jeglichem Arme. ſo ſoll man vviſſen, daß er Zu ſeinen jahren kommen iſt.

Pubertas vnde æſtimari debeat, controuerſum eſt: etenim, referente Iuſtiniano, in *princ. Inſtitut. quibus modis tutela finitur pubertatem, veteres non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant: quod ipſe indignum eſſe caſtitate ſuorum temporum iudicauit*; *& ideo*, inquit, *quod in fœminis etiam antiquis impudicum eſſe viſum eſt, inſpectionem videlicet habitudinis corporis hoc etiam in maſculos extendere; & ideo ſancta conſtitutio, ne promulgata, pubertatem in maſculis annorum numero non diſpoſitione & habitudine corporis definiri voluit.*

Quæ. 2. *Vnde nã olim de pubertate fuerit indicatũ?*

Veruntamen ſunt quidam & quidem non poſtremi nominis Iuriſconſulti qui ſeriò contendant ac ſtatuant, veteres olim non ex inhoneſta inſpectione membrorum pudendorum, ſed ex habitudine partium corporis non tegendarum, vt faciei conſtitutioneque externa æſtimaſſe pubertatem, vt ſi circa os lanugo barbæ eminere incipiat. Reprehendunt propterea Iuſtinianum quod iniuriam veteribus fecerit, vt qui ex ea corporis inſpectione inhoneſta circa partes tegendas de pubertate nunquam iudicarint, atque ita Matth. Weſenbec. *ad princ. Inſtit. quibus modis tutela finit.* Iacob. Ræuard. *libr. 4. var. 10.* quos ſequitur & author noſter hoc loco.

Sed his tamen ſubſcribere nequeo primo, quia, cum Iuſtinianus in *dict. prin. Inſt. quibus mod. tutela finitur*, teſtatur de re, ſuo adhuc tempore vſitata, quam ipſe demum ſua conſtitutione ſuſtulerit, idcirco plane credibile non eſt, quod tantopere à vero aberrarit Imperator & ſui temporis hominibus huiuſmodi abſurdam affinxerit ſententiam de qua ipſi ne cogitarint quidem vnquam.

2. Et quod nudari olim puerorum corpora & à iudicibus inſpici ſolita fuerint, liquidò teſtatur Quintilianus *declamat. 279.* Poſtea nudari filium atque in conſpectu iudicum conſtitui cogit, ad hoc ſcilicet, vt ex corporis habitudine iudicium de pubertate fieret.

3. Eiuſdemque rei teſtimonium extat luculentiſſimum in *conſtitut Dioclet. in verbis licet in adoleſcente nondum vigoris emerſiſſent veſtigia l. 4. Cod. qui teſtam. fac poſſ.* quibus Impp. haud obſcurè ſignificant, veſtigia vigoris ſeu pubertatis in corpore ipſo extare debere.

4. Inſuper comprobatur aſſertio Iuſtiniani elegantiſſimo Vlpiani loco in §. *vltimo de tutelis*, vbi in hæc verba ſcribit: *Liberantur tutela, maſculi quidem pubertate. Puberem autem Caſsiani quidem eum eſſe dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id eſt, qui generare poteſt: Proculeii autem eum, qui 14. annos expleuit: verum Priſcus eum puberem eſſe, in quem vtrumq; concurrit & habitus corporis & annorum numerus.*

Ecce hîc Vlpianus puberes æſtimari ait ex habitu corporis. Et licet Rævardus, & qui ipſum ſequuntur, reſpondeant, per habitũ corporis non intelligi indagationẽ aliquam inhoneſtam & membrorum pudendorum inſpectionem, ſed externam corporis diſpoſitionẽ, figuram ac formã; ſatis tamen exinde reſponſio iſthæc refellitur, quod Vlpian. de eo corporis habitu loquatur, vnde iudicari poſſit de generãdi potentia: atqui de hoc exactum iudiciũ ferri non poteſt, ex corporis externa forma, diſpoſitione & inſpectione.

5. Deniq; nimis audax facin' & temerarium

Digitized by Google

rium eſſe exiſtimo, Iuſtinianum ſacratiſſimum Imperatorem, deq; Iuriſprudentia quam optime meritum, adeo acriter reprehendere, erroris aut falſitatis manifeſtæ arguere & accuſare, quem potius, vt boni interpretis officium requirit, venerari ac modis omnibus, in quantũ honeſtas, pietas & religio permittunt, tueri, aut ſi non tueri, excuſare deberemus.

Sed videamus tamen quibuſnam fundamentis contrarię opinionis patroni innitantur?

1. Confirmant ſententiam ſuam Tertulliani teſtimonio, qui in *lib. de virgin. veland. Tempus*, inquit, *etiam ethnici obſeruant, vt ex lege naturæ iura ſua ætatibus reddant: nam fœminas quidem à duodecim annis, maſculos vero à duobus amplius ad negotia mittunt. pubertatem in annis, non ſponſalibus aut nuptiis decernentes.* Ex quo loco manifeſtò conſtare ait Ræuardus, Proculeiorum ſententiam in vſum olim fuiſſe receptam.

2. Adducunt præterea pro ſuæ opinionis confirmatione teſtimonium Macrobii in *ſom. Scipionis lib. 1.* ſcribentis hoc modo: *Tutelam pueris poſt bis ſeptem annos, quaſi virile iam robur habentibus abſolui deque ea fœminas propter votorum feſtinationem maturius biennio legibus liberari.* Idemque Macrobius *libr. 7. Saturn. 7.* ſcribit, *ſecundum iura publica duodecimus annus in fœmina & quartus decimus in puero definiunt pubertatis ætatem.*

3. His accedit quoque authoritas & teſtimonium Vlpiani dum ſcribit: *Moribus introductum eſſe, vt quis liberis impuberibus teſtamentum facere poſſit, donec maſculi ad quatuordecim annos peruenerint fœminæ ad duodecim l. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*

4. Inſuper quod non ex inhoneſta aliqua inſpectione, vt ſibi ſuoq; rudi & illiterato principi perſuaſerit Fribonianus, ſed ex vniuerſi corporis forma, figura & diſpoſitione, ſiue aliqua totius corporis ad liberationem natura prorſus idoneam commoditatem veteres iudicarint, putat Ræuardus probari quoq; teſtimonio Ciceronis & Liuii, quorum ille pro Cælio: *Quinctus Metellus cum floreret integerrima ætate, optimo habitu maximis viribus, ereptus eſt ciuitati.* Hic vero *libr. 4. Obſita*, inquit, *erat ſqualore veſtis, fœdior corporis habitus pallore ac macie perempti.*

Hinc igitur concludunt, etiam ante Iuſtiniani tempora ex ſolo annorum numero, nulla habitus corporis habita ratione, pubertatem definitam fuiſſe.

Verum hæc argumenta ſi rectius conſiderentur, deprehendetur manifeſtiſſime, ea parum Iuſtiniani aſſertioni repugnare, nec id euincere quod diſſentientes intendunt.

Primo enim authoritati Tertulliani & Macrobii oppono authoritatem Iuſtiniani Imperatoris, cui de iure ſui temporis atteſtanti, plus fidei attribuendum puto, quam illis.

Deinde ad locum Tertulliani facilis eſt reſponſio ex Vlpiano, qui *dict. tit. §. vltimo* teſtatur, veteres quidem pubertatem ex annis æſtimare, ſed non ex ſolis annis, verum ex inſpectione etiam & habitudine corporis: hancque fuiſſe ſententiam Proculianorum ipſe Ræuardus agnoſcit. Nec ſane Iuſtinianus id diffitetur, nec ob id reprehendit cæteros, quod ex numero annorum de pubertate iudicarint, ſed quod ex habitudine quoque & inſpectione corporis, quod apud ethnicos quoque receptum fuiſſe Tertullianus non negat, & Vlpianus aperte teſtatur.

Idem plane ad locũ Macrobii reſpondendum putamus: nam & is nil quicquã aliud probat, quam quod ex numero annorum de pubertate iudicatum fuerit, quod autem ex ſolo annorũ numero pubertas fuerit æſtimata, non probat.

Ad ſecundum reſpondeo admodum veriſimile eſſe, locum iſtum Vlpiani in *d. l. 2. ff. de vulgari & pupillari ſubſtitutione* à Iuſtiniano interpolatũ & ad ſui temporis, quo inſpectio illa corporis penitus erat abolita, mo-

ta, mores accommodatum fuiſſe. Quoniã Vlpianus, de hac ipſa queſtione diſſerens, duarum ſectarum Caſſianorũ ſcil. & Proculianorum duntaxat, meminit atq; illos pubertatem ex habitu corporis; hos vero ex numero ſimul annorũ & corporis habitu æſtimaſſe ait: tertiæ vero ſectæ, ſtatuentium ex ſolo annorũ numero definiendam pubertatẽ, ne quidem meminit, tantum abeſt, vt eam probet ac recipiat.

Ad poſtremum reſp. id nil quicquam ad propoſitum facere, nam ex loco Ciceronis, qui adducitur, colligi non poteſt, pubertatem ex corporis extrema diſpoſitione forma & figura definiendam, nec id locus ex Liuio adductus euincit, ſed id ſolum vterq; probat, quod habitudinis formæ & diſpoſitionis corporis externę maxima ratio habeatur quodq; vtriuſq; fortunæ comes atq; indicium eſſe ſoleat.

Equidem iure canonico adhuc pubertas ex inſpectione pudendorum æſtimari diſerte Iſidorus oſtendit in *c. 3. de deſponſat. impub. Puberes*, ait, *à pube ſunt vocati, id eſt, à pudentia corporis nuncupati, quia hæc loca primò lanuginem ducunt. Quidam ex annis pubertatem æſtimant, id eſt, eum eſſe puberem qui 14. annos impleuerit, quamuis tardiſſime pubeſcat. Certum autem eſt, eum puberem eſſe, qui ex habitu corporis pubertatem oſtendit & generare iam poteſt.*

Quæ. 3. *Anne vltimus ann⁹ ætatis minorennis cœpt⁹ pro completo habeatur?*

Subnectit hic quæſtionem author noſter, vtrum annus minorennis ætatis vltimus cœptus habeatur pro completo, an ipſum compleri neceſſum ſit, ad hoc vt actus à minore maiorenni ætati proximo geſtus, pro valido habeatur?

Quæ quæſtio non eſt exigui momenti maximumque vſum habet, quando quæritur de in integrum reſtitutione minorum, tum etiam de contractuum validitate.

Et videtur dicendum, prima fronte, quod annus vltimus cœptus pro completo habeatur.

Nam in *l. 5. Digeſt. qui teſtam. fac. poſſ.* Vlpianus ita ſcribit: *A qua ætate teſtamentum vel maſculi, vel fœminæ facere poſſunt, videamus, verum eſt, in maſculis quidem quartum decimum annum ſpectandum, in fœminis vero duodecimum completum, vtrum autem exceſſiſſe debeat, quis quartum decimum annum, vt teſtamentum facere poſſit? An ſufficit compleſſe? propone aliquem Kalendis Ianuariis natum teſtamentum ipſo natali ſuo feciſſe quarto decimo anno, An valeat teſtamentum? dico valere, plus arbitror, etiam ſi pridie Kalendarum fecerit poſt ſextam horam noctis, valere teſtamentum. Iam enim compleſſe videtur annum quartum decimum, vt Marciano videtur*, aperte Vlpianus his verbis oſtendit, quod annus pubertatis vltimus cœptus pro completo habeatur: proinde & vltimum annum minorennitatis cœptum eſſe ſufficiet ad hoc, vt maiorennis quis exiſtimetur.

2. In *l. 8. Digeſt. de minoribus* dicitur, ante vigeſimum quintum annum neminem ad munera admitti: minores itaq; ad honores admitti non debere. Subiicit autem Vlpianus *annum viceſimum quintum cœptum pro completo haberi.*

3. Pari modo in *l. 74. Digeſt de Senatuſconſulto Trebellian. cum teſtator iuſſiſſet hereditatem ſuam filio reſtitui cum ad annum viceſimum ætatis perveniſſet, dicitur annum cœptum pro completo haberi.* Pari itaque modo annus minorennis ætatis vltimus, nempe viceſimus quintus completus pro cœpto habebitur.

4. Deniq; cum lege Ælia Sentia cautum eſſet, ne minor viginti annis aliter quam vindicta manumitteret, quæſitum fuit, vtrumne annus poſtremus, nempe vigeſimus debeat eſſe completus, an ſufficiat diem poſtremum anni 20. eſſe cœptum? Et reſpondet Vlpianus placuiſſe eum, qui Kalendis Ianuariis natus, poſt ſextam noctis pridie Kalendas, quaſi annum viceſimum compleuerit, poſſe manumittere *l. 1. ff. de manumiſſionib.*

Cum itaq; in iure noſtro fere vbivis an-

 nus vl-

nus vltimus, vel dies vltimus cœptus pro completo habeatur, quæ ratio eſſet cur non & tunc, cum de ætate minorenni cōpleta quęritur, annus vel dies vltimus cœptus pro completo haberetur?

Sed his non obſtantibus rectè author noſter hic aſſerit, in ętate minorenni, maxime cum de reſtitutione in integrum & validitate contractuum à minore geſtorum, quæritur, rem ſecus ſeſe habere atque diem vltimum, anni viceſimi quinti in totum debere eſſe completum, ita vt ne momentum ei deſit.

Pro qua aſſertione facit expreſſius textus in *l. 3. §. 3. Digeſt. de minoribus. Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam diem natalis ſui adhuc dicimus ante horam, qua natus eſt: vt ſi captus eſt, reſtituatur, & cum nondum compleuerit ita erit dicendum, vt a momento ad momentum tempus ſpectetur: proinde & ſi bis ſexto natus eſt, ſiue priori, ſiue poſteriori die, Celſus ſcribit, nihil referre an id biduum pro vno habetur & poſterior dies Kalendarum intercalatur.*

Et quod cum de in integrū reſtitutione minorū, itemq; de contractibus à minore initis reſcindendis & annullandis agitur dies anni vigeſimi-quinti cœptus non habetur pro completo; id ſingulari ætatis minorennis fauore receptum eſt, quo reſtitutionis in integrū beneficio eò diutius gaudeant & fruantur: nam ius cōmune eſſe in contrarium arguit *l. 8. ff. de honor b. & muneri b.* vt mox dicetur in ſequentibus.

Non obſtant huic, quæ in contrarium ſupra allata ſunt: nam ad primum, ex *l. 5. ff. qui teſt. fac. poſſ.* deductum, reſpondetur, ꝙ ibi dies cœptus pro completo habeatur id ſingulari teſtamentorum fauore receptum eſſe, quo ſcil. maturius homines ad teſtamenti factionem admittantur.

Ad *l. 8. ff. de muneribus & honoribus*, facilis eſt reſponſio: nam & ibi ius quoddam ſingulare proponi, verbis apertis profitetur Vlpianus: *Annus inquiens, viceſimus-quintus cœptus pro pleno habetur: hoc enim in honoribus fauoris cauſa conſtitutum eſt, vt pro plenis inchoatos accipiamus.*

Hoc igitur ius ſingulare, ſingulari honorum fauore introductum, arguit ius commune eſſe in contrarium.

Ad *l. 74. Digeſt. ad SC. Trebellian.* reſpondetur: ibi non requiri, vt annus ſit completus, ſed ſufficere ſi ſit cœptus, quoniam fideicommiſſum erat relictū, ita *cum ad viceſimum annum perveniſſet*: ad annum autem viceſimum perueniſſe, rectè dicitur & is, qui annum vigeſimum cœpit, eumque ingreſſus eſt, licet nondum ſit egreſſus.

Ad poſtremum reſpondetur ex ipſo textu *dict. l. 1. de manumiſſ.* nam ibi, cur vltimum anni vigeſimi diem non oporteat eſſe completum, ratio iſta redditur, quia lege Ælia Sentia non permittatur maiori viginti annis manumittere, ſed minor viginti annis manumittere prohibeatur: minor autem non ſit viginti annis, qui diem ſupremum agit anni vigeſimi. Præterea & fauor libertatis qui vtique longe maximus eſt *§. vltim Inſtitut. de donat.* hoc mereri poſſet, vt annus cœptus pro completo habeatur.

Ex hactenus itaq; dictis concludendū eſt, quod, in fauorabilibus maxime, dies cœptus pro completo habeatur.

Nec refragatur huic, quod fauorabile ſit pro ſe poſtulari poſſe in iudicio, & tamē annus decimus ſeptimus, qui in iudicio poſtulantibus præfixus eſt, cœptus nō habetur pro completo, vt diſertè Vlpianus ſignificat in *d. l. 1. §. 3. ff. de poſtulando*, vbi à poſtulando remouet eos, qui 17. annos non in totum compleuerint.

Reſp. Rectè enim ad hoc Anton. Faber reſpondet, quoties tempus pro forma & ſolēnitate alicuius actus adiiciatur, toties computari tempora à momento ad momentum, etiamſi ea computatione fieri aliquid impediatur ꝙ alioquin eſſet fauorabile *arg. l. 3. §. minorem. ff. de minoribus.*

Accedit

Accedit, quod in propoſito non minus fauorabile ſit, vt prætoriæ dignitatis ratio habeatur, quæ potiſſima ratio eſt edicti de poſtulando, quam vt quis ante tempus ad poſtulandum admittatur.

Inſuper ſecundo ordine, qui illorum eſt, qui nec pro ſe poſtulare poſſunt, continetur etiam SVRDVS: quanquam enim hic quoque deſiderium ſuum coram prætore exponere & alterius deſiderio contradicere poſſit, cum ad hoc ſermone duntaxat ſit opus: eum tamen ideirco a poſtulando remotum voluit prætor, quod decretum prætoris audire non poteſt; quæ ratio redditur quoque ab Vlpiano *in l. 4. §. 3. ff. de poſtulando*, vbi ait, *Propter caſum, ſurdum, qui prorſus non audit, prohibet apud ſe poſtulare: nec enim erat permittendum ei poſtulare, qui decretum prætoris exaudire non poterat, quod etiam ipſi erat periculoſum futurum: nam non exaudito decreto prætoris, quaſi non obtemperaſſet, pœna, vt contumax plectetur.* Non quidem quod vere contumax eſſe poſſit, cum contumacia ab animo & certa ſcientia committatur, contemnentis decretum magiſtratus, ſed quod ſurdus forte per iniuriam condemnatus fuerit. Obſeruandum autem eſt, quod per ſurdum hic intelligatur is, qui prorſus non audit, non etiam qui difficulter & tarde audit: in hoc quippe deficit ratio edicti & alias quoque, quotiens in iure ſurdus quid facere prohibetur, hic appellatione ſurdi non continetur. *arg. §. Item ſurdus. l. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam.*

His vero perſonis ne cauſa ipſorum indefenſa maneat, ſi aduocatum non habuerint, qui patrocinium illarum ſuſcipiat, prætor aduocatum dare pollicetur. *§. 4. d. l. 1. Ait prætor ſi non habebunt aduocatum, ego dabo*: Et ſubiicit Vlpianus: *Nec ſolum his perſonis hanc humanitatem prætor ſolet exhibere, verum & ſi quis alius ſit qui certis ex cauſis, vel ambitione aduerſarij, vel metu patronum non interueniunt.*

Idem igitur de paupere, qui ob egeſtatem patronum nanciſci non poteſt dicendum videtur.

Quod ſi tenuiores ſint litigantes, quã vt ſalarium aduocato præbere poſſint, quæritur an aduocatus gratis patrocinari teneatur? & ſi non gratis cogatur patrocinium ſuſcipere, vnde nam ſalarium ipſi conſtituendum ſit? Qu. 4. *Aduocatus pauperum vnde accipiat ſalarium?*

Et quidem Gailus 1. *obſeruat. 13.* ſtatuit: aduocatum pauperi gratis inſeruire teneri & ad hoc ipſum compelli poſſe ſub pœna, non ſolum pecuniaria, ſed etiam priuationis officii *arg. l. prouidendum §. ſi quis vero C. de poſtulando*, vbi dicitur quod is, qui parti litiganti ſuum denegauerit patrocinium, foro carere debeat, nec vnquam ipſi ad agendum copia reſtitui debeat. Atque hoc adeo verum eſſe dicit, vt aduocatus mortaliter peccet ſi pauperis patrocinium ſuſcipere recuſet, ex ſententia Dom. Soti Theologi doctiſſimi. *lib. 5. de Iuſtic. & Iure q. 8. artic. 1.* Quam ſententiam in Camera quoque receptum ait Gailius, ſic vt aduocati ad gratis ſeruiendum pauperibus compelli poſſint ſub pœna non ſolum pecuniaria, ſed etiam priuationis officii.

Moderantur tamen ita hanc ſententiam, vt aduerſarius pauperis, in expenſas litis condemnatus, ſalarium aduocato præbere cogatur. Sed hæc ſententia ſatis dura eſt; cur enim aduocatus, qui ſcientiam iuris magnis ſumptibus & immenſis laboribus comparauit, alii gratis inſeruire ſuumque impartiri officium cogeretur? maxime cum alia via & ratione pauperi litiganti ſuccurri poſſit, vt mox dicetur.

Quanquam fortaſſis regula iuris *in d. l. 116. pr. Digeſt. de R. Iur.* non bene admodum huc accommodetur, ſiquidem ea expreſſe de defenſore loquitur, & non de patrono ſeu aduocato: patroni officium publicum eſt: defenſoris priuatum. Proinde & patroni, niſi iuſtam habuerint exTtt 3 cuſatio-

Digitized by Google

cuſationis cauſam, ſub graui pœna, partibus litigantibus patrocinari coguntur *d.l. prouidendum 7. ff. de poſtulando.*

Ex quo tamen non recte ad propoſitum noſtrum infertur, quod pauperi gratis ſeruire cogatur aduocatus; ſed id ſolum exinde elici poteſt, quod cogatur ipſi patrocinari, ſed cæteris paribus, ſi iuſtum ſoluatur ſalarium. Et ſane qui pauperi ſine ſalario gratis patrocinari detrectat, iuſtam habet cauſam denegandi patrocinium, ac proinde remoueri non poterit à munere, nec foro ipſi interdicetur *arg. d.l. proſpiciendum.* per rationem ſupra adductam.

Sunt igitur alii qui ſtatuunt aduerſarium diuitem cogi ſumptus litis pauperi litiganti ſuppeditare, ſalariumque aduocato præbere. Ita Guido Papa *quæſtion. 461.* Cuius ſententiæ fundamentum conſtituitur *in l. vlt. §. quod ſi ei. Codic. de ordin. cognit.* in qua Conſtantinus Imperator ad Baſſum præfectum prætorio in hæc verba ſcribit: *Quod ſi ei, qui ad ſeruitutem vocatur quicquam direptum eſſe memoretur: vniuerſa, quæ conſtiterit ablata, ita demum reddi conuenit ei, qui ſeruus eſſe contenditur, ſi modo ſaluam rem futuram per idoneos fideiuſſores promiſerit.* Nam ſi tales dare non potuerit, tunc ea conuenit, de quibus in iudicio tractabitur, ſequeſtrari in eum diem, in quo controuerſia ſopiatur: ita vt ex iiſdem (ſi aliqua alia facultas eſſe non poterit) tantum litis ſumptus & alimoniæ homini ſubminiſtrentur, quantum moderato iudicis officio fuerit æſtimatum.

Hic igitur cum parti egenti litis ſumptus, iudicis arbitrio, ex rebus litigioſis præberi debeant, ſequitur & ſalarium exinde egentis aduocato ſoluendum eſſe.

Confirmare idemque videtur *l. 27. §. 3. Digeſt. de inofficioſo teſtament.* vbi ita Vlpianus: *De inofficioſo teſtamento nepos contra patruum vel alium ſcriptum heredem proportione egerat & obtinuerat, ſed ſcriptus heres appellauerat. Placuit interim propter inopiam pupilli alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficioſi teſtamenti accuſationem pro parte ei vindicabantur, decerni eaque aduerſarium ſubminiſtrare neceſſe habere, vſque ad finem litis.*

Hic quoque manifeſte deciditur, quod inopi pupillo agenti cum patruo cogatur alimenta patruus ſubminiſtrare ſumptusque litis ſuppeditare. Cæterum hæc ſententia priore adhuc durior eſt & inhumanior, cogi videlicet litigatorem, ſuam in perniciem, ac ſuum detrimentum, alere aduerſario patronum, ſibi vero hoſtem, ſeu inimicum.

Quin etiam hoc ipſum ſufficienter refellitur ex *l. Imperatores. ff. de tutel. & rationibus diſtrahend.* cuius hæc ſunt verba: *Imperatores Seuerus & Antoninus reſcripſerunt in hæc verba: Cum hoc ipſum quæratur, an aliquid tibi à tutoribus vel curatoribus debeatur, non habet rationem poſtulatio tua, volentis in ſumptum litis ab his tibi pecuniam ſubminiſtrari.*

Fundamenta autem in contrarium adducta, parum ad rem faciunt: nam *in l. vlt. Codic. de ordin. cognit.* dantur expenſæ & alimenta litiganti pauperi ex bonis, quæ illi ablata fuerunt, & quæ præſumebantur ipſius eſſe propria, quæ ipſe item poſſidebat, quibusque priuata authoritate erat expoliatus, quæ denique ipſi reſtituerentur, ſi fideiuſſores dediſſet: Et tamen, non datis fideiuſſoribus, non reſtituuntur propter ſtatus controuerſiã. Ex qua deciſione abſurde inferretur ad ea bona, quæ pauper actor nec poſſedit, nec eius eſſe præſumuntur, nec reſtituenda ei forent, pendente lite, etiam idoneis datis fideiuſſoribus, & quibus ab ipſo reo non fuit expoliatus.

In *l. 27. §. 3. ff de inoffic. teſtam.* cogitur heres ſcriptus aduerſario ſuo, inofficioſi querela agenti, alimenta ſuppeditare, tribus hiſce ſingularibus concurrentibus. Primo ſi actor ſit filius vel nepos teſtatoris.

ris 2. Si actor pauper ſit. 3. Si habeat ſententiam in prima inſtantia pro ſe iam contra reum latam. Præterea ex textu ipſo relucet quod aduerſarius actori non expenſas litis, nec ſalarium aduocati, ſed alimenta duntaxat neceſſaria præbere, & quidem hæc non ſimpliciter ſuppeditare, nec donare cogatur, ſed præbere ſolum vſque ad finem litis.

In criminalibus equidem, ſi quis, aliquo accuſante, fuerit cuſtodiæ traditus & ſibi ipſi ſuppeditare in parandis aduocatis nequeat, receptum eſt, eum ſumptum ab aduerſario, cuius rogatu incarceratus eſt, præberi, quoniam & ad hunc alimentandi reum, qui ſibi ipſi ſufficere nequit, onus redit. Weſenb. *de poſtuland. num. 3.* Ego, ſaluo aliorum iudicio, & æquiſſimam & veriſſimam illorum iudico ſententiam, qui ſtatuunt, neogratis cogi aduocatum ſeruire pauperi, nec aduerſarium compelli egentis aduerſarii aduocato præbere ſalarium, ſed ſumptus litis inopi e publico ſuppeditandos, ſicut etiam hodie, in plerisque curiis, conſtitui ſolent aduocati publico ſalario, qui cauſas egenorum agant & tueantur, qui & procuratores pauperum appellari ſolent, teſte Weſenbec. *d. loco.* Aut vero ſalarium ex ærario eleemoſynarum communi ſuppeditandum.

Quoniam ſpecies eleemoſynæ eſt, pauperibus præbere patronos *c. ſp. ſilius & cap. definiuit 17. quæſt.*

Poſtremo ad hunc tertium ordinem illorum, qui nec pro ſe poſtulare poſſunt, recte refertur quoque INFIDELIS ſeu Non-Chriſtianus, cum ſiquidem à limine iudicii Leo & Anthemius Imperatores arceri & repelli expreſſe præcipiunt, dum ita ſcribunt: *Nemo vel in foro magnitudinis tuæ, vel in prouinciali iudicio, vel apud quenquam iudicem accedat ad togatorum conſortium, niſi ſacroſanctis Catholicæ religionis fuerit imbutus myſteriis. Sin autem aliquid quoquo modo, vel quadam machinatione factum vel attentatum fuerit, officium quidem ſublimitatis tuæ, centum librarum auri iacturam pro condemnatione ſuſtineat. l. fin. C. de poſtul.*

Resolvtio Thesis *Secundæ.*

Sequitur nunc SECVNDVS ORDO illorum, qui pro ſe poſtulare poſſunt, pro aliis non poſſunt.

Eo vero continetur primo FOEMINA. *Secundo loco*, ait Vlpianus *edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne poſtulent, in quo edicto excepit prætor ſexum & caſum, item notauit perſonas inturpitudine notabiles: Sexum, dum fœminas prohibet pro aliis poſtulare, & ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam ſexui congruentem alienis cauſis ſe immiſceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres.* quæ ratio poſterior exprimitur quoque *in l. 2. ff. de Reg. Iur.* vbi etiam remouentur fœminæ à poſtulando idcirco, quia virile & ciuile officium eſt poſtulare.

Occaſionem autem huic præbuiſſe dicitur Carſania impudentiſſima & improbiſſima fœmina, quæ inuerecunda poſtulatione magiſtratum inquietauit. *d. l. prima. §. quint.*

Quid ergo ſi fœmina daretur modeſta & verecunda, quæ verecunde eſſet ac modeſte poſtulatura, annon hæc admittenda eſſet? Affirmandum id videtur. Qu. 5. *An honeſta & verecunda fœmina ſit ad poſtulandũ admittenda?*

1. Quia, ceſſante ratione prohibitionis, ceſſat quoque ipſa prohibitio: atqui ratio iſta prohibitionis, quæ poſtremo allata eſt, ceſſat manifeſte in fœmina modeſta & ſexus verecundiam non egrediente, proinde ad poſtulandum pro aliis admittenda videtur.

2. Quia abſurdum videtur & iniquum ob vitium & improbitatẽ vnius perſonæ toti

toti ſexui damnum inferri notamque iniuri. Cum neque vni per alterum iniqua debeat conditio inferri *l. Non debet. 74. de Regul. Iur.*

Verum, his non attentis, communis, conſtans & vera eſt noſtrorum ſententia, quod etſi mulier inſignis prudentiæ, eruditionis, facundiæ reperiatur, qualem olim fuiſſe Grachorum matrem Corneliam memoriæ eſt proditum, non tamen ei permittendum ſit pro aliis poſtulare, licet vnius mulieris impudentia cauſam huic edicto dederit.

Nec contrarium euincit prius argumentum, quia ceſſante cauſa principali & finali ceſſat diſpoſitio iuris: non autem ceſſante & deficiente duntaxat cauſa impulſiua: Sic enim V.C. SCto Macedon. etſi occaſionem præbuit improbus fœnerator *l. 1. Digeſt. de SC. Macedon.* eoque SCto cautum eſſet ne quis filiof. pecuniam crederet, ita vt ſi contra factum eſſet, nulla creditori actio competeret, tamen ſi vir bonus & honeſtus improbo fœnori minime deditus filiof. pecuniam crederet, licet in hoc cauſa ceſſaret impulſiua, quia tamen finalis non deficit, certi & indubitati iuris eſt SCtum adhuc obtinere.

Iam vero certum eſt, edicti prætoris, fœminam poſtulare prohibentis, cauſam principalem non fuiſſe improbitatem & immodeſtiam Carſaniæ, ſed hanc, quia officium virile ſit poſtulare pro alio, item quia verecundia ſexus muliebris non patiatur vt ſe fœminæ aliens immiſceant negociis. *d l. 1. §. 5. & d. l. 2. de Reg. Iur.* Proinde licet iſta ratio impulſiua deficiat in honeſta, verecunda & modeſta matrona: principalis tamen ratio in ea non deficit. Proinde finis & ratio edicti magis, quam occaſio & cauſa impulſiua, quæ prætorem ad proponendum edictum mouerit, ſpectanda hic eſt *arg. l. damus. ff. de cond ind.*

Minus obſtat poſterius argumentum: Nam vicium ob quod Carſania fuit poſtulare prohibita, fuit quidem perſonæ, ſed tale quod à Sexu fuerit profecta: deinde non remouentur, vt & modo dictum eſt, fœminæ à poſtulando ob improbitatem & vitium Carſaniæ, ſed quia ſexus verecundiæ repugnat pro aliis poſtulare, & quia virile officium eſt Anton. Fab. *in Rational. ad d. §. 5.*

Quanquam autem fœmina pro aliis poſtulare prohibeatur, pro ſe tamen poſtulare non prohibetur *d. l. 5.* Quia pro aliis poſtulare virile eſt officium aliorumque ſeſe immiſcere negotiis à ſexus muliebris pudore & verecundia alienum eſt; ſuam vero ſuſcipere defenſionem honeſtum eſt.

Sane iure Saxonico mulieri, ne quidem in propria cauſa, ſine curatore in iudicio ſtare permittitur, vt pluribus infra *in diſput. de procuratorib. ſequenti theſi 4. & 6.* demonſtrabitur.

Ad negocia vero extraiudicialia, quin procuratrix eſſe poſſit fœmina, dubium penitus nullum eſt, & textus hac de re extat luculentiſſimus *in l. 7. ff. de inſtit. act. Cuius verba hæc ſunt: parum aũt refert, quis ſit inſtitor, maſculus, an fœmina, liber, an ſeruus &c.*

Cum itaque à poſtulandi munere & cæteris officiis publicis, vt ex hactenus dictis relucet, remoueatur fœmina, non inoportunum videtur hic excutere quæſtionem illam inter politicos & Iuriſconſultos, nec non Theologos intricatiſſimam, anne fœmina ad regni & Imperii gubernacula admitti, an vero ab illis excludi debeat? *Qu. 6. An fœmina ad regni gubernacula admitti debeat?*

Et quod fœminæ ad gubernationem reipublicæ atque Imperii admitti non debeant, his probari videtur fundamentis.

1. Deus apud Eſaiam prophetam, miſeriæ populi ſui Iſraelitici & hoc accenſet, quod mulieres illi dominatæ ſint: *Populum*, ait, *meum exactores ſui ſpoliauerunt & mulieres dominatæ ſunt eu*, vnde inferre licet, miſerum & maledictum eſſe populum cui fœminæ imperent.

2. Acce-

Digitized by Google

2. Accedit quod ab initio ſtatim mundi, cum ex viro mulier eſſet condita, ſubiecta fuit dominio viri *Geneſ. 3. v. 16. Mulieri quoque dixit: Multiplicabo ærumnas tuas & conceptus tuos in dolore paries filios & ſub viri poteſtate eris & ipſe dominabitur tibi*, & *1. ad Timot. 2.* vir iubetur eſſe caput mulieris: atqui diuina hæc inſtitutio plane peruertitur, ſi vir mulieris dominio ſubijcitur & mulier viri caput conſtituitur.

3. Confirmat eandem ſententiam non parum quod in nulla ex quatuor ſummis & celebratiſſimis illis mundi Monarchijs, Chaldæorum, Perſarum, Græcorum & Romanorum mulier vnquam fuerit ad imperij gubernacula admiſſa: nec alij plerique populi in ſe muliebre imperium admiſerint, velut Parthi, Lacedemonij, Macedones, Germani & Galli ſeu in Gallia Franci; adeo vt hi etiam, ne id apud ſe vnquam fieret, lege Salica apertiſſime cauerunt.

4. Inſuper corroborat ſententiam noſtram, quod Athalia regnum capeſſatura à Ioiada ſummo ſacerdote deiecta de imperio ac regio ſolio fuerit, vltimoque ſupplicio affecta *2. Regum 11.*

5. Quin & natura fœminas ab Imperio & Reipublicæ gubernatione arcere videtur: nam ſic ſapientiſſimus Philoſophus Ariſtoteles *1. Politicorum 5. Mas eſt, quiddam imperio natum, fœmina autem ad parendum, & cum natura viris præ fœminis dederit prudentiam, animi magnitudinem, robur, aliaſque dotes tam animi, quam corporis ad Reipubl.* regimen neceſſarias, palam eſt lege naturæ quoque ab imperio fœminam excludi.

6. Regula porro iuris eſt certiſſima ac veriſſima, quod cui dignaretur id, quod minus eſt, ei quoque concedendum non ſit, quod plus eſt: atqui in domeſtica ſocietate fœminæ denegatur imperium & regimen illudque viro traditur, adeo vt, Stobæo teſte, *ſerm. 72.* ea familia, quæ à muliere gubernatur, nunquam felix eſſe poſſit: igitur multò magis mulieri regimen totius Reipublicæ, quod imperio domeſtico longe maius & ſublimius eſt, denegari debet.

7. Atque huc faciunt incommoda, quæ ex mulieris imperio in Rempublicam redundant maxima, nam D. Auguſtinus in *quæſtio. ſuper vetere Teſtamento quæſt. 45. Fœmina*, inquit, *ad imperium admiſſa, aut marito nubet aut cœlebs non erit. Si ſumpſerit, ea lege nubet vt maritum habeat ſub ſua poteſtate, atque adeo contra naturam coniugij marito imperet:* Si autem non nubet, iam præſens eſt periculum libidinum & ſubditi non poterunt diu ferre audientis atque impotentis fœminæ imperium.

8. Hinc Romani mulieres ab omnibus ciuilibus & virilibus officijs remouerunt, ſic vt nec magiſtratum gerere, nec iudices eſſe, nec poſtulare nec alia Reipublicæ munera ſubire poſſent. *leg. 2. de Reg. Iur. leg. 1. §. 5. Digeſt. de poſtulando leg. 12. Digeſt. de iudic.* Et in politicia Iudaica, ſeu Iſraëlitica, fœminæ ad imperium nunquam fuerunt admiſſæ; quod enim Debora magiſtratus & iudicis officium geſſit, id plane fuit extraordinarium *Iud. 4.*

9. Quibus Deus & natura virtutes ad imperandum neceſſarias denegarunt, illi merito ab imperio arcentur: atqui Deus & natura omnes prope imperantis virtutes mulieribus denegarunt, merito itaque mulieres ad imperandum ineptæ cenſentur.

Etenim imperandi duo inprimis neceſſaria ſunt ad Rempubl. bene ac feliciter gubernandam virtus & prudentia *Lipſ. lib. 1. Politic. capit. 1.* quarum

neutra mulieres eſſe inſtructas certiſſimum eſt: *Mollis ſiquidem & incautus eſt hic ſexus*, ait Chryſoſt. *part. 2. homil in Matth. hom. 23. princ. Mollis quia facile deflectitur, vel de malo ad bonum, vel de bono ad malum. Incautus vero, quia non omnia quæ videt & audit cum ſapientia & ratione conſiderat.* Et plerunque muliebre conſilium in deterius *Tacit. 3. annal.* Et conſilium earum plerumque contra propria commoda laborat *leg. ſi pater in fine. Cod. de ſponſalibus* & fragile atque infirmum eſſe mulierum iudicium, teſtis eſt imperator Iuſtin. in *pr. Iuſt. quibus alienare non licet.*

Virtutis quoque expertes ſunt & omnibus ferè vitijs deditæ, quæ imperantes, velut ſcopulos vitare debent: ſunt enim crudeliſſimæ plerumque, &, vt Menander ſcribit, æqualis eſt leænæ & mulieris crudelitas. Sunt deinde fœminæ vt plurimum impudicæ, ſunt inconſtantiſſimæ. Denique celeritate in conficiendis negotiis planè deſtituuntur. Schöborn. *lib. 2. politic. capit. 12.*

In ſumma mulieres callidæ ſunt, meticuloſæ laboribus impares, leues ſententia, malorum & iniuriarum impatientes, crudeles, ſi adſit licentia loquaces & garrulæ. Ad imperium itaque ineptiſſimæ.

10. Valde indecorum eſt in natura, vt fœminæ leges condant, vt viris præſcribant, vt bella gerant, vt bonos animoſos ac ſapientes doceant. Ergo valde indecorum eſt, vt fœminæ ius imperij in viros teneant.

11. Huc denique plurimum faciunt exempla illarum fœminarum, quæ imperio præfectæ, peſſimè ac infeliciſſimè Rempublicam adminiſtrarunt, quorum plenæ ſunt omnes prope hiſtoriæ.

Atque hanc ſententiam ſequuntur Bodinus *lib. 6. de Republ. capit. 5.* Keckermn. in *ſyſtem. politic. lib. 1. capit. 2.* Schönborn. *lib. 1. polit. cap. 12.* Danæus *lib. 3. politic. Chriſtian. cap. 3.* Gregor. Tholozan: *lib. 7. de Republ. cap. 7.* & infiniti alij.

Mihi non diſplicet Autoris noſtri ſententia, qui ſtatuit fœminam tum demum ad Imperium eſſe admittendam, eidemque ſceptra regni & gubernacula committenda, quando virtutibus heroicis atque imperatori neceſſariis, inſtructa eſt. Et deinde legibus ac inſtitutis regni ad gubernationem admittitur.

Nulla ſiquidem hîc cauſa apparet, quæ huiusmodi mulierem ab imperio remoueat.

Et ſi ſæpe ad gubernacula admittuntur viri, nulla virtute imperatoria inſtructi, eò quod iure hereditario illis defertur ſucceſſio regni, ſi etiam viri effœminatiſſimi & non, niſi nominetenus viri, à regimine non excluduntur, quibus iure hereditario regnum debetur, quæ obſecro ratio eſſet ob ſexum fœminam, omnibus virtutibus imperatorijs inſtructiſſimam, à regno excludendi?

Poſtremo ſic pro aſſertione hac concludo: quoſcunque nec ſacra ſcriptura, nec boni mores, nec leges regni & ſtatuta, nec ipſa natura ab imperio & regno excludunt, admittendi ad gubernacula videntur: atqui fœminas, nec ſacra ſcriptura nec boni mores, nec leges regni & ſtatuta (nam de tali caſu nos loquimur) à regno & imperio excludunt, vt ex ſequentibus & diſſolutione argumentorum contrariorum patebit: igitur ad gubernacula Reip. admitti debent.

Nec contrariam ſententiam confirmant

Digitized by Google

firmant vndecim argumenta pro ea paulo ſupra ordine relata.

Quod enim primo ex Eſaiæ *cap. 3. v. 11.* adfertur, iudicio Dei miſeram cenſeri Rempublicam cuius habenas moderetur fœmina, ad id reſpondeo, in eo loco fœminas eos appellari, qui quamuis ſexu mares ſint, ex moribus tamen & ingenio cernũtur imprudentes & molles ſeu effœminati.

Ad ſecundum reſpondeo, Domeſticum imperium & publicam regni poteſtatem eſſe diuerſa; quoad iſtud ſexum muliebrem virili eſſe ſubiectum: at quoad hanc non ſimpliciter, ſed ita demum, ſi lege vel moribus regni fœminæ à regimine arceantur. Cum itaque Deus mulierem imperio viri ſubiecit, eidemque ſubeſſe voluit, id ad domeſticum imperium mariti in vxorem referendum eſt, vt etiam verba textus ſatis perſpicuè arguunt. Quod ſi vero contingat mulierem, marito nuptam, imperio præfici: hæc imperia domeſticum, inquam, & publica iſta regnandi poteſtas, manebunt diſtincta, nec vlla ipſorum ſuborietur confuſio: ſed ita vtriusque optime conſtitui poterit moderatio, vt neutrum alteri officiat, poſſitque viri ſuis partibus conſtare in coniugem domeſticæ poteſtatis auctoritas & nihilominus hereditarij regni in fœmina maieſtas, quæ exterum regem & principem per reginæ connubium ſubiectum ſibi & obnoxium non habet, nec enim iure matrimonij vxoris domicilium, forum & legem ſequitur maritus, ſed contra mariti iura ſortitur nupta. *leg. 9. Digeſt. de iuriſd. leg. 6. 3. Digeſt. de iudic.* Hermannus Kirchnerus *diſputat. Politica 4. appendic. 1.*

Nec abſurdum eſt aliquem ſubeſſe alteri, eidemque alio reſpectu, imperare: ſic enim filiusfam. ſubeſt parenti, quatenus filiusfam. eſt, patri vero imperat, quatenus magiſtratus eſt *leg. 9. Dig. de his qui ſui vel alieni iuris. leg. 13. §. final. & leg. 14. Digeſt. ad SC. Trebell.*

Ad Tertium reſpondetur, etſi in quatuor Monarchiis, ſeu imperiis ſummis, aliisque regnis fœminis regimen non fuerit commiſſum: alias tamen plerasque gentes ſexum in imperiis non diſcreuiſſe, nec etiamnum diſcernere. Nam apud Hiſpanos, Ægyptios, Anglos, Scotos, Arabes pleræque fœminæ, vt viri imperant, ſi ex ſucceſſionis lege imperium ad eas pertineat.

Ad Quartum reſpondeo Ataliam à ſummo ſacerdote de ſolio regio fuiſſe deiectam: tum quia regnum legitime non erat adepta, tum quia extranea erat, & non ex familia Dauidis, ad quam ſolam regnum Iudæ pertinebat: tum denique quia hoc peculiare fuit Iudæis, ne mulieres inter eos regnarent.

Ad Quintum reſpon. Fœminarum naturam conſiderari vel ordinarie, quatenus hic ſexus eſt maſculino virtutibus inferior, & eatenus nullo modo fœminis imperium eſſe concedendum: vel conſiderari fœminarum naturam extraordinario modo, quatenus Deus & natura eam inſtituit interdum maſculis virtutibus atque adeo quodammodo ex fœmina marem facit, ſi non corpore, ſaltem animo & affectibus atque hoc caſu fœminas quoque regni & imperij clauo præfici debere, inprimis ſi lex ſit imperij vt & fœminæ in regnum ſuccedant. Et ſane ipſa quoque experientia docet, fœminam ſæpe ſolertem, litera-

tam, piam, ſapientem, induſtria, educatione, experientia effectam eſſe, Keckermannus in *ſyſtem. polit. lib. 1. capit. 2.*

Ad ſextum reſponſio itidem expedita eſt, hæc ſcilicet quod argumentum à maiori ad minus, & viceuerſa, non procedat, nec vim concludendi habeat, quotiens diuerſa ratio eſt maioris & minoris, vt hic accidit: nam in domeſtica ſocietate vxor ſubiicitur viro, tanquam marito ſuo, à Deo ipſo. *Geneſ. 3.* At in gubernatione & adminiſtratione Reipublicæ ſexus fœmineus à Deo nuſpiam ſimpliciter fuit ſubiectus, ita vt hic ſemper imperare, ille vero duntaxat parere ac imperio ſubeſſe, nunquam præeſſe debeat.

Ad ſeptimum reſpondeo fœminam, imperio & regimini Reipublicæ præfectam, nubere poſſe & debere ſaluis coniugij legibus, quarum hæc præcipua eſt, vt vxor, tanquam vxor, ſubſit imperio mariti, imperio inquam eius domeſtico, confer huc etiam, quæ ad ſecundum argumentum ſupra reſpondi.

Ad Octauum reſpondeo in Republica Romana mulieres remoueri à magiſtratu non ex lege naturæ, nec moribus & inſtituto omnium gentium ſed iure duntaxat & moribus populi Romani: vnde lex vniuerſalis, in vniuerſis mundi totius imperiis, regnis ac principatibus obſeruanda, minime extruenda videtur.

Ad Nonum eodem modo vt ſupra ad Quintum reſpondendum eſt.

Ad decimum Reſpondetur, non eſſe indecorum in natura vt fœmina, virtute excellens, conſenſu & conſilio procerum imperij leges condat, vt conſulari dignitate & vigilantia vtens viris præſcribat, vt forti animo prædita bella ſuſcipiat, vt bonos, animoſos, ſapientes, ad ſuum conſilium admittat, vt conſtans grauis & prudens in ipſum ſenatum veniat.

Ad Vndecimum & vltimum reſpondetur nullam ei penitus ineſſe conſequentiam, ſiquidem & multa extant ac prope infinita illorum virorum exempla, qui Tyrannice & peſſime Rempublicam adminiſtrarunt; exinde tamen non, niſi ineptiſſime, inferretur, quod viri ad Reipubl. adminiſtrationem admittendi non ſint: proinde etſi quarundam fœminarum imperium fuerit infœlix, non tamen protenus omnes in vniuerſum mulieres ab imperio excludi & remoueri debent, cum & hiſtoriæ luculentiſſimè teſtentur quarundam fœminarum imperium extitiſſe fœliciſſimum ac Reipub. longe ſaluberrimum.

SECVNDO pro alijs poſtulare prohibetur, COECVS, *caſum (excipit prætor) dum cæcum vtriusque luminibus orbatum prætor repellit, videlicet quod inſignia magiſtratus videre & reuereri non poſſit. Refert etiam Labeo publicum cæcum Aſprenatis Nonij patrem, auerſa ſella, à Bruto deſtitutum, cum vellet poſtulare, ait* Vlpianus *in leg. 1. §. 5. Digeſt. de poſtulando.* *Lit. B.*

Nec obſtat, quod cæcus & iudicis officio fungi & magiſtratum gerere poſſit *d. §. 5.* Nam ratio ob quam poſtulare prohibetur cæcus in iudice deficit.

Sed vtrum cæcus ab initio iudex dari poſſit controuerſum eſt? Equidem cæcum, propter malum ſuperueniens, à iudicis officio non remoueri expreſſe ſcribit Vlpianus: ſed quod is qui cæcus eſt, iudex de nouo dari non poſſit, multi opinantur, quorum tamen ſententia errore non caret. Quær. 7. *An qui cæcus eſt, poſſit iudex cõſtitui?*

Primo enim regula eſt, quod iudicis

dicis officio fungi eidemque præfici omnes poſſint, qui ſpecialiter & expreſſe prohibiti non reperiuntur *leg. 12.§.2. Digeſt. de iudic.* Atqui nulla lege, nulla principis conſtitutione prohibetur cœcus dari iudex. Proinde iudex dari poterit.

2. Quin potius in *leg. 6. Digeſt. de iudic.* cœcus diſerte ad officium iudicis admittitur: nam illic Vlpianus, *Cæcus* ait, *iudicandi officio fungitur.*

Et quanquam Accurſius hanc Vlpiani aſſertionem ita interpretetur, quod is, qui, cum iam officio iudicis fungeretur, cœcus factus eſt, maneat iudex & officio iudicis fungatur, ſeu officium iudicis retineat, non etiam quod is qui iam tum cœcus eſt, iudex dari queat: generalitas tamen legis refragatur, ſiquidem iudicis officio fungi dicitur, non ſolum qui retinet ſemel ſuſceptum iudicis munus, ſed & is, qui iam demum ſuſcipit.

3. Idemque confirmat quoque *d. l. 1.§. 5. de poſtulando.* vbi dicitur cœcum iudicandi officio fungi.

Et quod textus iſte ſit generalis ad eumque etiam accommodandus, qui iam tum cœcus erat, cum muneri iudicis præficeretur, inde probatur, 1. Quia cum in *dict. §. 5.* oppoſitio fiat iudicis & magiſtratus: ac magiſtratum retinere poſſe cœcus dicatur, non vero de nouo ad eum adſpirare, idcirco vt oppoſitio iſta conſiſtat, dicendum neceſſario eſt, cœcum non ſolum retinere officium iam ſuſceptum, ſed ad illud quoque nouum aſpirare poſſe.

4. Et ſane nulla penitus ratio eſt arcendi cœcum ac remouendi à iudicis officio: ſiquidem ea, quæ huic officio incumbunt æque à iudice, oculis orbato, expediri poſſunt, atque ab eo qui vel Argo eſt occulatior. Quinimo iudex cœcus minus indulgebit affectibus qui per oculos inferuntur. Hinc olim Athenis Areopagitæ de cauſis capitalibus non interdiu neque luce, ſed noctu atque in tenebris cognoſcebant ac pronunciabant, quo non dicentes, ſed duntaxat, quæ dicerentur, ſpectarent.

His non obſtat quod cęcus factus magiſtratum iam cœptum retineat, ad nouum autem penitus aſpirare prohibeatur *dict. l. 1.§.5.*

Diuerſiſſima ſiquidem iudicis & magiſtratus eſt ratio, quia in magiſtratu dignitas quædam etiam corporis requiritur & externorum ornamentorum ſplendor, non etiam in iudice, qui priuatus eſt.

Non obſtat rurſus, quod iudici multa incumbant, quæ ſine viſu non commode exequi & excutere poſſit, veluti cum ex ipſius rei aut teſtis interrogatione exquirenda eſt facti alicuius veritas, quia in hoc plurimum momenti habet inſpectio vultus eius, qui interrogatur; quia vultum eſſe tacitum mentis ſermonem & ſenſum animi ſæpius indicare Cicero dixit in *Orat. in Piſonē.* Quin etiam adeò efficacem ex vultu & colore coniectura mentis ſumi ſolet vt Iuriſconſultus plurimum dixerit in excutienda veritate vocem ipſam & cognitoris ſubtilem diligentiam adferre, quia & ex ſermone & ex eo, qua quis conſtantia, qua quis trepidatione quid dicat, quædam ad illuminandam veritatem emergant. *leg. de minore. Digeſt. de quæſtionibus.*

Hoc inquam non obſtat: nam quod ad examinationem attinet teſtium, etſi eam fortaſſis iudex ipſe commode nequeat expedire, notiſſimum tamen eſt iudici fas eſſe eam alij delegare. *Authent. Ad hæc. C. de iudic.* Illudque hodie quoque vſu ſeruari nemini poteſt eſſe incognitum.

Inſuper non refragatur huic ſententiæ, quod *in leg. 3. Cod. de ſententia ex pericul.* ea ſententia, quæ per ipſum iudi-

cem de ſcripto recitata non eſt, nullius ſit momenti: cœcus autem iudex de ſcripto recitare ſententiam nequeat & conſequenter non poſſit iudicis fungi officio.

Reſpon. *dict. leg. final.* diſpoſitio locum habet, niſi ſolennitas iſta iudici fuerit remiſſa: atqui à lege remiſſam fuiſſe iudici cœco ſolennitatem de ſcripto ſententiam recitandi, ſatis euincit *d.l.1.§.5.* Nam alias cœcus officium iudicis ſemel ſuſceptum nec retinere poſſet.

Accedit quod illuſtres per officiales ſuos recitare ſententiam poſſint, ſed & in cauſis breuibus atque humilibus, quales fere à iudicibus iſtis datis ac pedaneis iudicantur, generaliter ea obſeruatio repudiata eſt, *Auth. Niſi.C.d. tit. de ſent. ex peric.*

Et ſane fatendum eſt aliquid incommodi ob eam rem in cœcitate eſſe omniumque præſtare integros ac viſu præditos ad iudicandum adhibere. Ex eo tamen dicendum non eſt, iudicare cœcum rectè non poſſe.

Non aduerſatur denique quod ſurdus & mutus iudicis officio fungi nequeant, vt ſupra dictum fuit. Reſpon. Nam horum & cœci diuerſa ratio eſt, quia oculis non iudicatur aut cauſa cognoſcitur, ſed lingua certe & auribus inprimis opus eſt ad rectè iudicandum Donell.*17. com. 24.*

Equidem cum hodie magiſtratus ipſemet iudicare & non amplius, vt olim iudices dare ſoleant *leg. 2. Cod. de pedan. iudic.* idcirco cœcus ad iudicis officium aſpirare non poteſt. *dict. leg. 1. §. 5. Digeſt. de poſtulando*, cum ſimul ad magiſtratus munus aſpiraret quod prohibitum in *d.§.5.*

In hoc ſecundo ordine eorum qui pro aliis poſtulare non poſſunt, conſtituuntur & illi, qui enormi turpitudine atque infamia ſunt notati *dict.leg.1.§.6.* Tales primo ſunt, qui corpore ſuo muliebria ſunt paſſi *d.§.6.*

Cui obiicitur quod cum huius tanti delicti pœna capitalis ſit ex conſtitutione Imp.D.Conſtantini,in *leg.31. C. ad l. Iul. de adult. Cum vir nubit, in fœminam viris porrecturam, vbi ſexus pendit locum? vbi ſcelus eſt id quod non proficit ſcire? vbi Venus mutatur in alteram formam? vbi amor quæritur, nec videtur? iubemus inſurgere leges, armari iura gladio vltore, vt exquiſitis, pœnis ſubdantur infames, qui ſunt vel futuri ſunt rei. Idcirco fruſtra arceatur huius criminis reus à poſtulando, vtpote vltimo ſupplicio deſtinatus.*

Reſpondet Antonius Faber in *Rational. ad dict. §. 6.* tempore Iuriſconſulti Vlpiani pœnam prædicti facinoris & delicti non fuiſſe capitalem, ſed talem Conſtantini demum Conſtitutione effectam eſſe, qui, vt primus Imperator Chriſtianus fuit, ita eam legem, Chriſtiano principe digniſſimam, primum tuliſſe, nec infamem ex hoc delicto quenquam fuiſſe, vti nec ex alio vllo publicorum iudiciorum, niſi ſentẽtia ſecuta *leg. infamem 7. Digeſt. de public. iudic.* Hodie vero poſt prædictam Conſtantini conſtitutionem infamem eſſe reum etiam ante ſententiam; ita Anton. Faber rectius mihi reſponderi ad propoſitam obiectionem videtur: quod *dict. §. 6.* à poſtulando illi remouentur qui muliebria ſunt paſſi, id omne referendum eſſe ad eos, quibus ex ſingulari gratia pœna huius delicti ordinaria fuerit remiſſa *arg. tot. tit. C. de ſent. paſſ.* Sic enim & capitali crimine damnati poſtulare prohibentur *dict. §. 6.* quod ſane aliter accipi non poteſt, quam ſi pœna capitalis fuerit in mitiorem conuerſa: aut vero intelligi debet de ijs, qui ad capitalem pœnam quidem condemnati ſunt, vt tamen executio ſententiæ ſuſpenſa ſit aliqua de cauſa.

Excipitur qui vi prædonum vel hoſtium

ſtium

filium ſtupratus eſt *d. §. 6.* cum enim ab hoc abfuerit ſuſcipiendi facinoris voluntas & propoſitum delinquendi ſine quibus nullum delictum committitur, non debet infamia notari, nec ab officio aduocationis repelli Donell. *dict. cap. 3.* quo ſpectat elegans Dioclet. & Maximin. reſcriptum in *l. 20. Cod. de l. Iul. de adult.* cuius hæc ſunt verba: *Fœdiſſimam earum nequitiam, quæ pudorem ſuum alienis libidinibus proſternunt, non etiam earum, quæ per vim ſtupro compreſſæ ſunt, irreprehenſa voluntate leges vlciſcuntur, quin etiam inuiolatæ exiſtimationis eſſe, nec nuptias earum alijs interdici, merito placuit.*

Sed hi, qui muliebria ſunt paſſi, vt & cæteri, qui infamia notati ſunt, pro pupillis & adultis ſuis, quorum curam vel tutelam gerunt, poſtulare non prohibentur *dict. §. 6.* tum qui neceſſario funguntur officio: neceſſitas autem officij & alias à pœna excuſare ſolet. *leg. 5. §. 9. & 13. leg. 22. Digeſt. de his quæ vt indign. leg. 16. Digeſt. de in ius voc. leg. 2. Cod. de calum.*

Tum etiam quia in adminiſtratione bonorum pupilli vel adulti tutores ac curatores dominorum ſunt loco *leg. 56. §. 4. Digeſt de furt. & leg. 27. Digeſt. de admin. tutor.* At pro ſe ipſis poſtulare poſſunt hi, qui muliebria paſſi ſunt, vt & cæteri inſigni turpitudine notati *d. §. 6.* Igitur & pro pupillis atque adultis ſuis poſtulare poſſunt.

In ſecundum hunc ordinem, quo continentur illi, qui pro alijs poſtulare non poſſunt; Autor noſter collocat & iudicem, qui eo in negocio, in quo iudex eſt, aduocati munere abſtinere iubetur, in *leg. 6. Cod. de poſtulando.* vbi Impp. ita reſcribunt: *Quiſquis vult eſſe cauſidicus, non idem in eodem negocio ſit aduocatus & iudex, quoniam aliquem inter arbitros & patronos oportet eſſe delectum.*

Sed à ſcopo aberrauit Autor noſter longiſſime: iudex ſiquidem non prohibetur pro quibusuis alijs poſtulare, ſed pro eo ſolum, de cuius cauſa cognoſcit, nec pro hoc etiam poſtulare abſolutè prohibetur, ſed in ea duntaxat cauſa, in qua iudex eſt.

Interim veriſſimum eſt, neminem poſſe ſimul atque in eadem cauſa iudicem eſſe & aduocatum, vt apertiſſime ſancitum & conſtitutum eſt in *d. l. 6. C. de poſtulando.*

Permittitur tamen illi, qui ante ſuſceptum magiſtratum aduocatus fuit, nunc, poſteaquam magiſtratus creatus eſt, in eadem cauſa iuriſdictionem ſuam alij delegare, ita Vlpianus: *Prætor ſicut vniuerſam iuriſdictionem mandare alij poteſt, ita & in perſonas certas, vel de vna ſpecie poteſt: maxime cum iuſta cauſa ſuſcepta ante magiſtratum aduocationis alterius partis habuerat.*

Quin nec teſtis poteſt eſſe aduocatus in cauſa clientis ſui, in qua eſt aduocatus per textum expreſſum in *leg. final. Digeſt. de teſtibus.* vbi Arcadius: *Mandatis* inquit *cauetur vt præſides attendant, ne Patroni in cauſa, cui patrocinium præſtiterunt teſtimonium dicant:* quod & in executoribus negotiorum obſeruandum eſt. Et in *cap. final. de teſtibus. in ſext.* vbi Pontifex Innocentius 3. In appellationis cauſa eum, qui appellantis procurator vel aduocatus in priori iudicio fuerit, cauet, ne in teſtem recipiatur.

Rationem huius iſtam reddit Zaſius, quod neceſſitudo quædam ciuilis inter patronum & clientulum intercedat. Mihi hæc veriſſima eſſe videtur, quod ſuſpicio ſit, ipſum in gratiam & fauorem eius, cuius patrocinium ſuſcepit, falſum deponere teſtimonium. Sed hoc ita demum procedere ait Zaſius, quando clientulo ſuo conſuluit aduocatus; ſecus ſi tantummodo audiuerit ſecreta clientuli & nec dum cauſam conſulendam ſuſceperit;

tunc enim opinatur Zaſius, eum teſtem eſſe non prohiberi eadem in cauſa, vtpote ſuperiore ratione deficiente.

Cęterum, etiamſi aduocatus meus mihi regulariter teſtis eſſe non poſſit; aduerſario tamen meo, quo minus teſtimonium dicat, non prohibetur.

Ratio autem diuerſitatis hæc eſt, quod ſuſpicio falſitatis eo deficiat caſu, quo parti aduerſæ teſtis exiſtit: Nec enim præſumitur, patronum aduerſus Clientulum ſuum falſum dicturum eſſe teſtimonium; volens autem ad dicendum teſtimonium admittitur, inuitus nō cogitur. Tametſi enim regulariter teſtes cogi poſſint ad dicendum teſtimonium *l.16.C.de teſtibus.* ratio tamen, ob quā aduocatus non cogatur contra clientem teſtimonium dicere, hæc dari ſolet, quod ſatis durum ſit, aliquē cogi teſtimonium aduerſus eum deponere, qui omnia arcana cauſæ ipſi commiſerit, & cuius patrocinium ſemel ſuſceperit.

Huic quoque ordini accenſent Autor aduocatum de quota litis paciſcentem, quem à poſtulando remoueri certum eſt: de hac vero plura diximus ſupra *diſputat. 6. theſi 7. lit.* C. quæ huc repetenda ſunt. Qui porro ſecundi huius ordinis perſonæ pro ſe poſtulare poſſint dubium plane nullum eſt, & in *d.l.1.§.6.* clare exprimitur.

Sed vtrum pro ſe poſtulans, ſi aduerſarium vincat & aduerſarius in expenſas condemnetur, ſalarium in propria cauſa petere poſſit, quæritur? Et verior eſt illorum ſententia, qui ſalarium propriam cauſam agentem obtinere non poſſe exiſtimant. Hoc vero ideo, quia ſordidum eſt in propria cauſa petere aliquid pro opera ſibi præſtita.

Et hanc ſententiam in Camera eſſe receptam, teſtantur Gail. *1. obſeruat. 151.* Mynſinger *1. obſ. 2.* ac præiudiciis Cameralibus firmatam in cauſa Chriſtophori Swabachs LL. Licentiati contra Licent. Rott, Anno 1550. Menſe Nou. die 12. Et in cauſa Leopoldi Dickij LL. Doctoris contra Henricum Ducem Brunſuicenſem. Anno 1554.

Excipitur tamen is, qui aliquid per modum damni & intereſſe petit, quod videlicet eam ob cauſam tempore excluſus alijs operam ſuam locare non potuerit, ſicque damnum ex patrocinio cauſæ propriæ paſſus fuerit, *arg l. ſed ſi quis. ff. quemadmod. teſtament. aperiant.*

Et quanquam in expenſis victoriæ veniant tantum expenſæ circa litem factæ & non damna circa alias res ipſius victoris, id tamen non obtinet, quando damnum in perſona petentis conſiſtit, vt ſi talis ſit perſona, quæ ex arte ſua lucrum facit Gail. *d. obſeru. 151. numer. 17.*

Item fallit ſupra adducta aſſertio, ſi cauſa communis ſit, vt qui pro ſe & ſuo cohærede poſtulationem præſtiterit: nam tum expenſas & ſalarium pro parte coheredis vel conſortis ſui recipit: Mynſing. *dict. obſeru. 2.* quoniam hactenus non propria, ſed aliena cauſa præſumitur.

THESIS ORDO poſtulare prohibitorum continet eas perſonas, quibus pro ſe tantum & certis quibusdam perſonis poſtulandi facultas conceditur: tales vero ſunt qui edicto prætoris infamia notantur, de quibus in ſequentibus dicitur: hæ autem perſonæ poſtulare prohibentur pro parente, fratre, ſorore, vxore, ſocero, patrono, patrona eorumque liberis aliisque quæ impune ſine venia in ius vocari non poſſunt. Item pro genero, nuru, vitrico, nouerca, priuigno, priuigna aliisque nobis adfinitate iunctis. *leg. 1. §. 7. & ſeq. & leg. 2. leg. 3. Digeſt. de poſtulando.* *Lit. D.*

Per affinitatem vero hoc loci intelligi affinitatem adhuc durantem & conſtan-

ſtantem, non etiam iam tum finitam & præteritam monet Vlpianus *in l.3.§.1.ff.de poſtulando.*

Obiicitur quod præteritæ quoque & finitæ affinitatis in iure noſtro ratio habeatur, idemque ei tribuatur effectus, quem præſens & durans affinitas habet. Sic enim veneratione adfinitatis præteritæ, nuptiæ interdicuntur, inter eas perſonas, quæ olim ſibi adfines fuerunt, quamuis nunc adfines eſſe deſierint §. *Adfinitatu. I. de nupt.* vbi Imperator adfinitatis ait veneratione à quarundam nuptiis abſtinere neceſſe eſt, vt ecce priuignam aut nurum vxorem ducere non licet, quia vtraque filiæ loco ſunt.

Sed hoc non obſtat: in nuptiis ſiquidem præteritæ adfinitatis ratio habetur, quia ſemper in coniunctionibus non ſolum quid liceat conſiderandum eſt, ſed etiam quid honeſtum ſit *l.42.iunct.l.55.pr. ff. de rit.Nupt.* At in edicto hoc de poſtulando habetur duntaxat ratio ex parte prætoris dignitatis prætoriæ: ex parte vero eius, qui cum infamis ſit pro alio vult poſtulare nihil inſpicitur niſi neceſſitas aut officii aut adfectionis. Hæc vero neceſſitas adfectionis exhibendæ nulla eſſe poteſt ob affinitatem iam ſublatam *l. pen. de iure dot. iunct. l. 22. Digeſt. de re iudicata.* In ſumma, diſſoluta adfinitate, tollitur neceſſitudo: at nõ reuerentia & honeſtas.

Præterea obiicitur, quod fideicommiſſum, familiæ relictum, ad generum & nurum non perueniat, niſi matrimonio filii aut filiæ morte diſſoluto, *l. vlt. C. de verb. ſignif.* Vnde colligitur quod affinitatis, etiam præteritæ, ratio in legibus habeatur.

Reſpond. Sed nec hoc magnopere refragatur, quia cum ratione ac intuitu neceſſitudinis & adfectionis, qua defunctus nurum vel ſocerum proſecutus fuit, fideicommiſſum fuerit relictum, illa autem adfectio & neceſſitudo durarit adhuc eo tempore, quo è viuis ille deceſſit, idcirco, licet adfinitas poſtea morte filii aut filiæ diſſoluta fuerit, voluntas tamen defuncti, morte ipſius confirmata, adfinitatis diſſolutione, mutata non cenſetur. Quin & ſingulari fauore vltimæ voluntatis hoc conſtitutum eſt, vt diſſoluta quoque adfinitate, fideicommiſſum nurui aut genero debeatur, quia, cum ad hos, niſi defuncta filia, vel filio peruenire non poſſit ob rationem, quam Imperator allegat, voluntas defuncti alias euerteretur, & fideicommiſſum concideret.

Hoc vero, quod dictum eſt, infantes poſtulare non poſſe niſi pro ſe & certis quibuſdam perſonis, ſic accipiendum eſt, niſi in integrum reſtituti fuerint: tunc enim, quia ſublato impedimento, in priſtinum ſtatum reſtituti, exiſtimationem priorem recuperant, tam pro ſe, quam pro aliis quibuſcunq; poſtulare non prohibentur. Quinam autem ſic infames reſtituere poſſint, porro quæritur? Et quidem principem hanc competere poteſtatem nemo eſt, qui negare audeat: cum enim hic ſit ſupra leges, quibus infamia irrogatur *l 31. ff. de legib.* atq; de illis diſpenſandi, ac pro arbitrio ſuo ſtatuendi facultatem habeat, *l.fin.C.de legibus,* idcirco dubium non eſt, quin infamiam, legibus alicui irrogatam tollere & abolere poſſit. *Lit. E.*

Atque huius reſtitutionis effectus hic eſt, vt quem princeps ſe in integrum reſtituere dixit, is honoribus ſuis & ordini & omnibus cæteris reſtitutus intelligatur *l. 1.C.de ſentent.paſſ.* Quibus & exiſtimationem contineri, quam prius habuit reſtitutus, certiſſimum eſt.

Qu. 3. An infamia tollatur ſi princeps criminis admiſſi gratiam faciat?

Aliud dicendum ſi princeps non reſtituat infamia notatum in integrum, ſed criminis ſaltem admiſſi, gratiam faciat: huiuſmodi enim indulgentia pœnam delicti ſolum remittit, cætera criminis incõmoda, & in his infamiam, manere patitur. Et hoc eſt, quod *in l.fin.C.de gen.abol.* dicitur: *Indulgentia, patres conſcripti, quos liberat, notat: nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam*

gratiam facit Donell. *18.com.8.* Pacius *cent. 2.q.17.*

Nec obſtat *l.vlt.§.vlt.C.de ſentent.paſſ.& reſtit.* vbi indulgentia reſtitutio dicitur bonorum & dignitatis omniumque amiſſorum recuperatio: nam obſeruandum eſt, quod *in d.§. vlt.* Imperator reſtitutionis verbo ſit vſus, non vero indulgentiæ: proinde omnia amiſſa, atque ita dignitatem quoque & exiſtimationem reſtituiſſe cenſetur.

Senatum quoque eandem obtinere poteſtatem, aſſerit Iuriſconſultus *in d.l.1.§.10.ff.de poſtulando. de qua autem reſtitutione,* inquiens, *prætor loquitur, vtrum de ea, quæ à principe, vel à Senatu Pomponius quærit, & putat de ea reſtitutione ſenſum, quam Princeps & Senatus indulſit.*

Senatus autem in integrum ideo reſtituit, quia etſi legem facere non poteſt, ius tamen, ſimile legi, concedere valet, *pr.l.de bon. poſſeſ.* Senatusconſulti enim eadem vis eſſe videtur, quæ legis: proinde cum penes Senatum quoque ſit poteſtas ius condendi, ac conſequenter conditum tollendi *l.fin.C.de legib.* idcirco etiam infamiam, iure irrogatam, abolere & tollere poteſt. Quod tamen Antonius Faber ad eam reſtringit infamiam, quæ non lege, ſed SCto. irrogatur. Hanc enim ſolo Senatusconſulto aboleri putat: illam vero non item. Et videtur quoque opinio hæc non exiguam veri ſpeciem habere. Quia enim Senatus legem non facit, nec ſupra legem eſt, ideo legem eiuſque effectum abolere ac tollere nequit, cum eius ſit tollere & abrogare legem, cuius eſt eam condere *d.l.fin de legibus*: proinde nec infamiam iuris, lege facinéroſis irrogantam, tollere poterit, Senatus per in integrum reſtitutionem.

Quin & prætorem infames in integrum reſtituere poſſe, autor eſt Vlpianus *in d.l.1.§.10 An autem & prætor reſtituere poſſit, quæritur? Et mihi videtur talia prætorum decreta non eſſe ſeruanda, niſi ſicubi ex officio iuriſdictionis ſuæ ſubuenerunt, &c.* Quibus verbis Iuriſconſultus innuit, quod, tametſi prætor non eodem modo, quo princeps & Senatus reſtituere poſſit pro arbitrio videlicet ex indulgentia & immediate, actu, videlicet ad hoc directe ordinato; id tamen per obliquum, mediate ac per conſequentiam facere poſſit; vt ſi minor 25. annis iudicii imbecillitate lapſus & circumuentus, condemnatus fuerit ex cauſa aliqua famoſa, tum, etſi aduerſus pœnam iſtam in integrum non reſtituatur minor à prætore, in integrum tamen reſtituitur aduerſus condemnationem, ac conſequenter aduerſus infamiam, quæ pœnam iſtam ſubſecuta eſt.

Sed vtrum pontifici Romano hæc quoque infames in integrum reſtituendi poteſtas competat diſquiritur? Qu. 9. *An pontifex Romanus poſſit in integrum reſtituere infames?*

Et quidem conſtans fere eſt omnium interpretum, iuris Canonici præſertim, ſententia quod & huic, non minus atque principi, ſeu Imperatori, poteſtas in integrum infames reſtituendi competat.

Et quidem, quantum ad ius Canonicum attinet, res videtur plane expedita: Sic enim *in cap. 23. de ſentent. & re iudicata* Innocent. 3. *Cum te inquit à Bartholomæo iniuriarum actione conuento, eo quod diceres equum tuum non eſſe minoris precij, quam capillos ipſius, indices qui ſuper ho: cognoſcebant, te in decem ſolidos condemnaſſent, tu timens ne ipſorum ſententia te notaret infamia, beneficium reſtitutionis ad famam à ſede apoſtolica implorasti. Nos autem conſiderantes quia nulla fuerit vel minima facta iniuria; volumus te per prædictam ſententiam infamia non notari.*

Ex quo ſatis abundeque cognoſcitur, quod pontifici Maximo ius infames in integrum reſtituendi competat.

2. Et ſane ſi hæc poteſtas Imperatori ſummoque principi Romano tribuitur.

tur, cur non, & quidem multomagis, tribueretur pontifici ſummo, vt qui dignitate longe excelſior ſit Imperatore, ac poteſtate eminentior; vt enim ſe habet luna ad ſolem, ita Romanus Imperator ad pontificem. Expeditum vero eſt, quod hæc poteſtas infames in integrum reſtituendi competat Imperatori, vt ex prædictis patet, cur non ergo eadem poteſtas, & quidem multo magis competeret ſummo pontifici Romano?

Sed hæc abſurdiſſima ac falſiſſima eſt Canoniſtarum ſententia, quæ non ſolum teſtimoniis SS. ſcripturæ manifeſtiſſimis, ſed & apoſtolorum liquidiſſimis refutatur exemplis.

Prohibet quippe Chriſtus Apoſtolos ſuos, & conſequenter omnes illorum ſucceſſores, rebus ſecularibus ſeſe immiſcere & terreni iudicis vices ſubire: *c. placuit cauſa 21. quæſt. 3. titul. 21. lib. 2. Feud.*

Atqui ſeculare negocium eſt, reſtituere infamem in integrum & ad terreni tantum ac ſecularis magiſtratus officium pertinet: proinde pontifex hoc ſibi vſurpare atque arrogare non debet.

Non ad rem facit *d. capit. 23. de ſentent. & re iud.* Nam pontifex Romanus nullo iure ſibi hanc arrogat poteſtatem, quod infames in integrum reſtituere poſſit, cum, vt modo dictum eſt, hoc ſit negotium ſeculare atque ab officio ſummi pontificis & paſtoris Eccleſiæ plane alienum.

Multo minus contrariam ſententiam probat poſterius argumentum, vt enim pontifex Romanus, tanquam ſupremus Eccleſiæ paſtor, quoad Eccleſiaſtica, eaque quæ ad proprium paſtoris & pontificis officium pertinent, ſuperior ſit Imperatore ac principe ſummo; quoad ſecularia tamen, poteſtas pontificis inferior longe eſt poteſtate Imperatoris: quinimo, ratione horum pontificis nulla penitus eſt poteſtas, vt & ſupra oſtenſum fuit.

Et ſane cum pontifex Romanis Apoſtolorum Chriſti, inprimis vero Diui Petri ſucceſſorem ſeſe iactitet, par eſt, vt horum quoque veſtigiis inſiſtat. Atqui nuſpiam in ſacris legitur Petrum & cæteros Apoſtolos infamia, ob facinus aliquod admiſſum notatos, priſtinæ reſtituiſſe famæ & exiſtimationi.

Hoc igitur pontifex Romanus ſibi arrogare non debet: cum ſucceſſor eodem iure gaudeat, quo anteceſſor.

Et cum hæc infames reſtituendi facultas denegetur pontifici Romano, multomagis Cardinalibus eorundemque collegio deneganda erit: tum quod ipſis, tanquam clericis, & perſonis Eccleſiaſticis, non conueniat ſeſe rebus huius ſeculi (qualis eſt reſtitutio famæ) immiſcere. tum quia à latere pontificis ſunt, eiuſdemque pars eſſe intelliguntur, *arg. l. 5. princ. Codic. ad L. Iul. maieſt.* Et ideo cum facultas reſtituendi famam pontifici Romano non competat, multominus competet Cardinalibus, ipſius pontificis conſiliariis. Qu. 10. *An Collegium Cardinalium poſſit in integrum reſtituere?*

Nec mouet quod Cardinalium collegium Senatui æquiparetur vt opinantur Autores à noſtro allegati: Senatus vero reſtituere infames olim potuerit, vt dictum eſt.

Reſpond. Nam vtrum collegium Cardinalium Senatui, an vero præfectis prætorio æquiparari debeat, adhuc controuerſum eſt. Hotomannus ſane his potius, quam illis, comparandos exiſtimat.

Deinde, poſito eo, non tamen in veritatis præiudicium conceſſo, quod Cardinalium collegium ſit inſtar Senatus, exinde tamen non ſequetur, quod ſicut Senatus Romanus olim infames

exiſtimationi reſtituere potuit, ita quoque hodie poſſit collegium Cardinalium.

Reſpond. Nam Senatus Romanus erat liberæ Reipubl. Senatus, atque à principe ſeparatum plane corpus conſtituebat, ceu docet *d l.1. §.9. & 10.* At Collegium Cardinalium, ſi modo Senatus eſt, non conſtituit peculiare & ab ipſo Pontifice Maximo ſeparatum atque diuerſum corpus, ſed vna cum pontifice corpus vnum conſtituit. 1. Quia Cardinales dicuntur à latere eſſe pontificis. 2. Quia conſiliarii ſunt pontificis, conſiliarii vero ſunt pars de corpore eius, cuius conſiliarii ſunt *l 5. ff. ad L. Iul. Maieſtat.*

Cęterum Cameræ Imperialis iudicem infames reſtituere poſſe expeditum eſt per textum expreſſum Ordinat. Cameræ *p.1. tit. 52 verſ. vnd vber das, &c.*

Qu. 11. *An tollatur infamia ſi pœna temporalis ſit finita?*

Famæ denique & exiſtimationi priſtinæ, vtrum reſtitui intelligantur ſi pœna ex cauſa famoſa irrogata, fuerit temporalis, eaque finita ſit: vtputa ſi quis relegetur vel ordine moueatur ad quinquennium, vtrum quinquennio iſto præterlapſo infamia adhuc duret, non ſine contentione inter iuris noſtri Interpretes diſquiritur?

Et primo quod amplius infamia non duret, ſed vna cum pœna, ex cauſa famoſa irrogata, finiatur & extinguatur infamia atque infamis priſtinæ famæ & exiſtimationi ex eo tempore reſtitutus intelligatur, probari videtur primo per *l.3. Codic. ex quibus cauſ. infam.* vbi Seuerus & Antoninus Imperatores, *Etſi* aiunt, *ſeuerior ſententia dici debuit, tamen cum proconſul, vir Clariſſimus certis rationibus motus, mitiorem ſententiam dixerit & ordine Decurionum te biennio abſtinere iuſſerit, tranſacto eo tempore, non eſſe te in numero infamium palam eſt.*

2. Idem conſtat & colligitur ex *l. 4. Codic. eod. tit.* vbi iidem Impp. Seuerus & Antoninus: *Si poſſidonium,* aiunt, *in tempus anni relegatum ſententiam non exceſſiſſe proconſulis, probaueris, quinque annis exilio temporali damnandum inter infames haberi non oportet.* Finita igitur pœna temporali, ipſa quoque infamia finita erit.

3. In *l.8. Digeſt. de poſtulando.* Papinianus diſerte affirmat, quod pœna temporali finita, cui infamia erat annexa, permittatur poſtulare in iudicio, cui conſequens eſt, quod infamia amplius nō duret. Verba Iuriſconſulti hæc ſunt: *Imperator Titius Antoninus reſcripſit, eum qui aduocationibus quinquennio interdictum eſſet, poſt quinquennium omnibus poſtulare non prohiberi. D. quoque Hadrianus reſcripſerat de exilio reuerſum poſtulare poſſe*: nec adhibetur diſtinctio, quo crimine ſilentium vel exilium ſit irrogatum. Atqui infames poſtulare prohibentur, vt ſupra dictum. Igitur finita temporali pœna, infamia amplius durare non intelligitur.

4. Huc præterea facit *l.1. Cod. de his, qui in exilium*, in qua Antoninus ita ſcribit: *Quibus poſthac ordini ſuo vel aduocationi ad tempus interdicetur, poſt impletum temporis ſpatium, non prorogabitur infamia.*

5. Quod ipſum quoque non parum confirmat Vlpianus *in d l.3. §. 1. Digeſt. de decurion.* vbi oſtendit, quod is, qui temporali pœna affectus ſit, priſtinum honorem, dignitatem & exiſtimationem recipiat, ſi tempus iſtud, pœnæ præfinitum, elapſum fuerit. Verba textus ita ſe habent: *Sed ſi quis ob falſam cauſam, vel aliam de grauioribus non ad tēpus ſit relegatus, ſed ad tempus ordine motus, in ea eſt cauſa, vt poſſit in ordinē redire. Imperator enim Antoninus edicto propoſito ſtatuit, vt quicunque aut quacunque cauſa ad tempus ordine vel aduocationibus, vel quo alio officio fuiſſet interdictum; completo tempore nihilominus fungi honore vel officio poſſit; Et hoc recte: neque enim exaggeranda fuit ſententia, quæ modum interdictioni fecerat.*

6. In

6. In *l.5.ff.de decurion.* ſcribit Papinianus, ad tempus exulare iuſſos, ex crimine leuiore, velut tranſacto negotio, non eſſe inter infames habendos.

7. Deniq; pro hac ſententia maximè videtur facere *l.13.§.1.ff. ad L. Cornel. de falſis.* In qua Marcianus, ordine decurionum decem annis aduocatum motum, qui falſum inſtrumentum, cognoſcente præſide, recitauit, poſt finem temporis dignitatem reſpondit recipere.

Ex his vniuerſis atq; ſingulis colligendum videtur, quod temporali pœna damnatus, tempore elapſo & pœna finita, infamia quoq; finiatur & aboleatur.

Cæterum quod, etſi pœna temporalis finita ſit, non tamen & infamia finita cenſeatur, ſed in perpetuum duret, his fundamentis confirmari videtur.

1. In *l.15.ff.ad municipal.* ex crimine famoſo ad certum tempus damnatus, infamis perpetuo efficitur.

2. In *l.5. ff. de decurionibus* ſcribit Papinianus: ad tempus ordine motos ex crimine quod ignominiam importat, in perpetuū ab ordine moueri, & conſequenter perpetua infamia notari.

3. In *l.4.§.4.ff.de re militari* Arrius Menander ad tempus ex cauſa famoſa relegatum perpetua infamia laborare oſtendit: *Ad tempus*, inquiens, *relegatus ſi expleto ſpacio fugæ militē ſe dedit, cauſa damnationis quærenda eſt, vt ſi contineat infamiam perpetuam idem obſeruetur.* ecce hic ad tempus ex cauſa famoſa relegatio facta infamiam perpetuam continere dicitur: proinde non finitur infamia, pœna temporali finita.

4. In *l.6.C.ex quib.cauſ.infam.* Impp. Seuerus & Antoninus reſcribūt: ad tempus in opus publicū damnatos, priſtinū quidē ſtatum retinere, ſed damno infamiæ poſt impletū tempus ſubiici. Igitur poſt pœnā temporalem finitam durat infamia.

5. Et quod cum ex cauſa famoſa condemnatur, in conſiderationē venire non debeat, vtrum iudex temporalem pœnā adiecerit, an non, vel illud argumento eſt, ꝙ ſi eius rei haberetur ratio, iudicium furti & iniuriarum non eſſet famoſum, neq; ex eo perpetua ſequeretur infamia: in his ſiquidē iudiciis pecuniariter ſolet damnari reus, puta ad duplum, quadruplum, vel certam æſtimationem, quæ ſoluenda eſt intra quatuor menſium ſpacium *l.fin.C.de vſur. rei iudic.* aut vbi grauis pœna eſſe ſolet, relegatio temporalis, præſertim in actione iniuriarum arbitraria decerni ſolet.

Et tamen in his durare infamiam, manifeſtum eſt *l.decuriones.5.l.iniuriarum 10 C. ex quib.cauſ.infam.* Quin & Iuriſconſultus fuſtium ex cauſa famoſa irrogatus, non importaret infamiam, quia hæc pœna breuiſſimo tempore durat. Atqui pœnam Iuriſconſulti fuſtium perpetuam infamiam irrogare, nemo eſt, qui dubitare audeat; & ſatis arguit *l. ICtus fuſtium. ff. de his qui not. infamia.*

Matth. Weſenbec Iuriſconſultus eruditiſſimus leges hactenus pro vtraque ſententia adductas, ad ſpeciem ſibi contrarias, ita conciliari, & in concordiam redigi putat, ſi diſtinguatur, vtrū imponatur infamia ex cauſa, ſeu crimine, quod ipſo iure famoſum eſt, an vero ex cauſa arbitraria; ita vt vbi crimen ipſo iure turpitudinem habet annexam, ibi perpetuum dedecus adhæreat, etiamſi pœna tantum temporalis ſit impoſita: quoniam legis effectus perpetuus eſt, quæ tantum conſiderat delictum; de quo vbi per ſententiam conſtat, ſequitur ex legis ordinatione infamia quæ non reuocatur amplius, vt nec ipſum delictum, cui accedit, cum factum non poſſit reddi infectum *l. in bello.§. facta. Digeſt. de capt. & poſtlim. reuerſ.* vbi vero delictum eſt punitionis arbitrariæ, cui non lex pœnam turpitudinis præſtituit, ſed iudex, tunc infamia duret cum animaduerſione, atque cum eadem extinguatur, vt ſi correctio ſit temporalis, veluti quinquennale exilium, infamia

quoque eo tempore duret, ac poſtea cum Pœna extinguatur, ne acceſſorium diutius duret, quam principale. Ita, inquam, Weſenbecius.

Ego vero cum Iacobo Cuiacio ſtatuendum cenſeo, omnem infamiam proprie eſſe perpetuam, nec tempore aboleri, niſi princeps aut ſenatus reſtituat famæ, qui ſolus infamiam abolere poteſt. Atque hanc aſſertionem validiſſime confirmari puto textibus & ratione poſtremo adductis.

Nec eam euertant aut labefactant argumenta in cōtrarium producta. Nam ꝙ ad *l.3.C.ex quib.cauſ.infam.* reſpondet Donellus ibi nō tractari de decurione ex cauſa famoſa remoto, cui decurioni ſenatu abſtinere iuſſo in bienniū, remittatur pœna infamiæ, quæ nulla præceſſerit, ſed cui remittatur ſola decurionatus prohibitio, ita Donellus reſpondet: rectius alii, meo iudicio, reſpondent, in *dict. l.3.* mitiorem pœnam, quam promeritus fuerat, decurioni irrogatam fuiſſe: quotiens autē certa ratione & non ex mera indulgentia, mitior pœna reo irrogatur, famā reo conſeruari, quia iudex propter circūſtantias minuens pœnas, oſtendit, reū infamiæ notā dignum non eſſe. Duaren. *c.4.tit.de his qui not.infam.* Anton. Faber in *rationalib. ad l.8. ff.de poſtuland.* reſpondet, quamuis alias ad tempus ex cauſa famoſa damnatus, perpetua & immortali infamia notetur; tamen D. Antonini Imp. conſtitutione effectum eſſe, vt decuriones ordine ad tempus moti, tempore finito & decurionatū & exiſtimationem recipiant *l.1.C.de his, qui in exil.* vbi ius novum in poſterum obſeruandum proponi, innuit particula *poſthac.*

Ad *l.4. Cod.eod.tit.ex quib.cauſ.infam.* reſpondetur ex ipſo textu: nam ſi à magiſtratu irrogatur, pœna quæ grauior eſt, quā legitima, vt ſi is, qui ex cauſa famoſa debuit ad tempus ordine moueri, ad tempus ſit relegat*, quæ pœna durior eſt, poſt tempus nō habebitur inter infames, quia duriore pœna vel ſententia tranſactū cum eo videtur de infamia, vt ſcil. non ſit infamis, quia duriorem pœnam paſſus eſt: & ita in actione furti, quæ eſt famoſa, & cuius pœna eſt tantum dupli, ſi ex cauſa fur conuentus non condemnetur in duplum vel quadruplum, ſed relegetur ad tempus, vel detur in opus publicum ad tempus, non erit poſt tempus infamis, quia ſententia non eſt producenda, ſed minuenda, quoad eius fieri poteſt, Cuiac. *ad l.8. ff. de poſtuland.*

Ad *l.8.ff.de poſtuland.* reſpondet author noſter in theſi, etſi, temporali pœna finita, adhuc inter infames habeantur, tamen ad poſtulationē eam infamiam non porrigi, idem Duarenus *de poſtulando cap.penvltim.* Adeoque negant ſequi, *poſtulare poteſt ex cauſa famoſa ad pœn[am] [te]mporalem damnatus, tempore illo præterl[apſo] ergo non eſt amplius infamis.* Verum cu[m] prætor à poſtulando infames diſerte remoueat, nec caſum hunc vſpiam nominatim & expreſſe excipiat, valde dubito, vtrum ſuſtineri hæc reſponſio valeat.

Alii reſpondent *dict. l.8.* non agere de eo, qui ordine motus fuerit ex cauſa famoſa: proinde hunc, biennio, ad quod motus erat, elapſo, rurſus poſtulare poſſe, vt qui nunquam, nec tempore pœnæ durantis, infamiâ laborarit.

Sed huic reſponſioni refragantur verba *d.l.8.* addit ſiquidem expreſſe Papinian. quod diſtinctio adhiberi non debeat, an damnatus ſit aduocatus ex cauſa famoſa; an vero ex alia.

Mihi poſterior hæc reſponſio non diſplicet: & verba iſta: *Nec adhibetur diſtinctio quo crimine ſilentium vel exilium ſit irrogatum*, non ſic cum Cuiacio accipienda puto, quod videlicet nihil interſit, vtrum crimen famoſum ſit, an minus: ſed hoc potius modo accipienda exiſtimo, quod infamia irrogata per ſententiam iudicis non inquiratur, tunc, cum vel nominatim

ſententia

Digitized by Google

ſententia delictũ famoſum expreſſum eſt, nec ex genere pœnæ de eo apparet. Et ratio ſubiecta, quod pœna, tempore determinata, vlterius porrigi non debeat infamiæ non congruit, quia tempore non determinatur, nec facto iudicis condemnãtis infligitur, ſed ab ipſa lege irrogatur Hilliger in *Donell. enucl. lib. 18. c. 8. lit. H h.*

Ad *l. 1. Codic. de his, qui in exil.* reſpondet Hilliger *dicto loco*, infamiam ibi latius ſumi pro opprobrio quodam ipſam remotionem ab officio comitante, ac proinde, recepto eo, ceſſante. Sed hæc reſponſio diuinatoria eſt, in meris coniecturis conſiſtens, nullum idcirco firmum ac validũ habet fundamentum. Nec magis placet, quod idem Hilliger cum Weſenbec. reſpondendum exiſtimat in iſta *l. 1.* agi de delicto arbitrariam pœnã habente, ex quo, ſi nominatim iudex infamiã imponat vna cum coercitione, tũc tempore, pœnæ arbitrariæ præfinito, præterlapſo, infamiam ceu acceſſoriam illius pœnæ, vna tolli. Reſp. Refragatur quippe generalitas *d. l. 1.* & cũ lex non diſtinguat, noſtrũ certe non erit addere ac ſupponere diſtinctionem.

Anton. Faber in *l. 8. ff. de poſtuland.* putat *d. l. 1.* eſſe iuris veteris correctoriam, atque cum decuriones, ex cauſa famoſa damnati, & ad certũ tempus ordine remoti olim, etiã finita temporali pœna, mãſerint infames, hoc per conſtitut. Antonini in *d. l. 1.* mutari, ſic, vt decurionibus, ordine ſuo ad tẽpus motis, poſthac, ſiue in poſterũ infamia temporalis ſit, nec vltra pœnam tempore determinatã, porrigatur. Quam interpretationem approbat quoque Cuiacius in *d. l. 1.*

Ad *l. 3. §. 1. ff. de decurionib.* reſpondetur, vt ad præcedentem *l. 1.* poſtremo loco reſponſum fuit, nimirum ſingulare hoc eſſe iuris, qui ab officio aliquo ad tempus remouentur, ex quacunque etiam famoſa cauſa, vt poſtquam tempus iſtud elapſum fuerit, famam & exiſtimationem priſtinam recipiant, eodemque officio, vt prius, fungi poſſint: hoc quippe effectum fuit D. Antonini conſtitutione in *d. l. 1. C. de his qui in exil.* ad quã ſeſe ICtus expreſſe refert in *d. l. 3 §. 1. de decurionib.* Hoc vero ad eos porrigi & extendi non debet, qui propter facinus aliquod famoſum nõ ſunt ab officio remoti, ſed alia pœna temporali vnâ cum infamia notati: hos quippe placet perpetua laborare infamia. Ad *l. 5. ff. de decurionib.* eodẽ reſpondetur modo, quo ſupra ad *l. 4. C. ex quib. cauſ. infam.* quod nempe ibi infamia idcirco non duret in perpetuũ, quia grauior pœnã legitimã irrogata fuit; hoc quippe caſu ſeueritas pœnæ videtur trãſegiſſe de infamia. Idq́, etiã in iſta *l. 5.* diſerte exprimit Papinian. dum ait, ad tempus autẽ exulare iuſſos ex crimine leviore, velut tranſacto negotio, non eſſe inter infames habẽdos. Alioquin quod infamia ſit perpetua, in principio *d. l. 7.* diſerte aſſeritur. Ad *l. 13. §. 1. ff. ad L. Cornel. de falſis.* bene Cuiac. reſpondet, ibi aduocatũ ordine decurionũ motũ, poſt tempus decurionatũ recipere, quia nõ fuerit vlla infamia notatus: quoniã aduocatus idcirco ordine motus proponitur, nõ quia falſum inſtrumentũ conſcripſiſſet, ſed quia recitaſſet ſolũ & allegaſſet falſum: legis vero Corn. de falſis iudicio publico, quod famoſum eſt, teneatur is dũtaxat, qui falſum fecerit, nõ qui recitarit: & quanquam recitator quoque falſi plectẽdus ſit, nõ tamẽ infamia ipſum notari, vt ita in *d. l. 13.* aduocatus qui recitarit falſum, ex cauſa non famoſa ad tẽpus ordine motus, poſt temp⁹ recipiat priſtinã dignitatẽ. In hoc 3. ordine illorum, quibus pro ſe tantũ, & certis quibuſdam perſonis poſtulare permittitur, recte hodie collocantur Clerici: his n. non niſi pro ſe & Ecclesia ſua perſoniſq; miſerabilib. poſtulare conceditur. Ita n. in Concilio Lateran. decretum fuit: *Clerici in ſubdiaconatu & in ordinib ſuis, ſi ſtipendiis Eccleſiaſticis ſuſtentẽtur, corã ſeculari iudice aduocati in negotiis ſecularib. fieri non præſumant: niſi propriã cauſam vel Eccleſiæ ſuæ proſecuti, aut pro miſerabilib. fortè perſonis,*

Quæ. 12. *An clerici poßint poſtulare?*

Digitized by Google

perſonis, quæ proprias cauſas adminiſtrare non poſſunt cap. 1. extr. de poſtulando.

Item Innocentius tertius huius *capit. 1.* Interpres in *cap. 2. ſequent.* ita hac de re ſcribit: Ex *parte tua nobis fuit propoſitum quod quidam Canonici regulares non ſolum in Eccleſiaſticis, ſed etiam in forenſibus cauſis præſumunt aduocati officium exercere: cumque obiicitur eis, quod non debent eſſe forenſis vel Eccleſiaſtici negotii ſuſceptores, niſi forte id monaſterii expoſcat vtilitas, abbate nihilominus impetrante, ad ſuam proponunt inſolertiam excuſandam, quod capitulum illud, per quod prædicta prohiberi videntur, de monachis, nō de canonicis regularibus loquitur manifeſtè.*

Vnde conſultationi tuæ reſpondemus, quod idem iudicium de canonicis regularibus, quod de monachis, quantum ad ſupradicta, credimus obſeruandum, licet de monachis in canone ſpecialiter ſit expreſſum.

Adeoq; vult Pontifex Maximus Innocētius nullos omnino clericos pro aliis in iudicio poſtulare & aduocati munere fungi poſſe: exceptis ſuperioribus: Eccleſia videlicet & perſonis miſerabilibus.

Ratio autem huius eſt, quam etiam in *dict. c. 2.* attingit Innocentius, quod clericus rebus ſecularibus ſeſe immiſcere non debeat: ſeculare vero quid eſt cauſam pro alio in iudicio dicere & aduocati munus ſuſtinere. Hinc Iuſtinianus clericis opprobrium eſſe dicit, ſi peritos ſe eſſe velint diſceptationum forenſium *l. 23. Codic. de teſtament.* Intereſt præterea Eccleſiæ ne clerici aduocationibus & diſceptationib. forenſibus à munere & functione miniſterii auocentur.

Hoc vero decretum Innocentii, quod modò recitauimus, vt & Concilii Lateranenſis decretum extendit & ampliat Pontifex, Gregorius Nonus: ſic, vt cum prius clerico pro ſe tantum, pro Eccleſia & pro miſerabilibus perſonis poſtulare eſſet permiſſum, nunc pro perſonis etiam coniunctis clerico poſtulare itidem permittatur: cum ait, *ſacerdotis ſit officium nulli nocere, omnibus autem velle prodeſſe; non niſi pro ſe ipſo, vel Eccleſia ſua vel (ſi neceſſitas immineat) pro perſonis coniunctis, aut miſerabilibus ſibi licitum eſt poſtulare.*

Et tantum de his, quos vel in totum, vel ſecundum quid à poſtulando remouet prætoris edictum. *Litera F.*

Hoc prætereundum ſilentio non eſt, ꝙ prohibitiones huc vſq; recenſitæ, nec partium conſenſu relaxari poſſint, ſic, vt quamuis pars aduerſa aliquem ex prædictis ad poſtulandum admittere velit, nihilo tamen magis admittatur.

Et ratio huius expedita eſt, hæc nempe, quod prætor poſtulatione quibuſdam perſonis interdicendo, non tam aduerſæ partis, quàm dignitatis ſuæ, ac decoris ſui rationem habuerit. Ita enim in *princ. l. 1. de poſtul.* Vlpianus ſcribit: Hunc titulum prætor propoſuit habendæ rationis cauſa ſuæq; dignitatis tuendæ & decoris ſui cauſa, ne ſine delectu paſſim apud ſe poſtuletur.

Cum itaque non ob fauorem partis aduerſæ, ſed propter prætoris ac magiſtratus tuendam dignitatem præfatæ perſonæ à poſtulando remoueantur, non poterit pars aduerſa prohibitiones iſtas relaxare & remittere aut contra edicti prohibitionem prohibitam perſonam admittere: cum illi demum iuri quiſque renunciare poſſit, quod in ipſius fauorem introductum eſt, non vero quod alienum fauorem concernit *l. pen. C. de pact.*

Ad hæc certum & indubitatum eſt, quod pactum priuatorum ius publicum lædere ac mutare non poſſit *l. 38. Digeſt. de pact.* atqui iure publico, edicto nempe prætoris prædictæ perſonæ poſtulare prohibentur: contra hanc itaque prohibitionem non poteſt pars aduerſa perſonam, poſtulare prohibitam, ex pacto admittere.

Et hoc etiam haut obſcure ſignificat Gaius in *l. 7. Digeſt. de poſtulando. Quos,* inquiens, *prohibet prætor apud ſe poſtulare, o-*

mnimodo

Digitized by Google

omnimodo prohibet, etiamſi aduerſarius patiatur eos poſtulare.

Littera G. Quæ. 13. An poſtulare prohibiti, ſi poſtulauerint, puniantur?

Quin etiam pœna afficitur qui contra edictum poſtulare in iudicio nititur: *Qui aduerſus ea feciſſe monſtretur & pro aliis interdicta poſtulatione repellitur & pro æſtimatione iudicis extra ordinem pecunaria pœna multabitur,* inquit Vlpianus in *l. 1. §. 6. ff. de poſtuland.*

Non equidem me latet Anton. Fabrũ in *rationalibus ad d. §. 6.* hanc Gaii aſſertionem ſerio impugnare, primo quia verbis hiſce edicti prætorii In Ivre apvd me ne postvlent tantum prohibentur poſtulare, non autem pœna vlla pecuniaria extra ordinem irroganda ſtatuitur in eos, qui contra prætoris edictum fecerint.

2. Quia ſi hi, qui apud prætorem poſtulare prohibentur, admiſſi fuerint à prætore ad poſtulandum, hoc ipſo gratiam & veniam edicti impetraſſe videantur, cum eorum conditionem probabiliter ignorare prætor non potuerit, qui ex edicto publicam infamiæ notam contraxerunt.

3. Quia denique hoc edictum prætoris de poſtulando prohibitoriũ duntaxat eſt, non pœnale. Et quidem tale, quod violari non poteſt, niſi apud prætorem, & conſequenter prætore ipſo, quodammodo autore, certe ſciente & conſentiente.

Veruntamen hæc tanti momenti mihi non videntur, vt textũ adeo dilucidũ eludere vel euertere queant: tametſi enim verbis ipſius edicti in *dict. l. 1.* recenſitis diſerte expreſſum non ſit, quod pœna pecuniaria multandi ſint, qui poſtulare contra edictum apud prætorem fuerint conati: Vlpianus tamen, optimus edicti prætorii interpres, hanc pœnam ex edicto poſtulare volentibus irrogari teſtatur: nec ſemper omnia edicti verba in legibus noſtris recenſentur, ſed fragmenta ſæpe & particulæ quædam duntaxat proponuntur, vt infinitis prope exemplis doceri poteſt, nec cuiquam iuris perito incognitum eſt: proinde in *§. 8. ſequent. d. l. 1.* verba edicti vniuerſa referri negandum eſt.

Sic etiam ſecundũ non obſtat, quoniã fieri poteſt, vt quis infamia ex edicto notatus ſit, quem tamen notatũ eſſe prætor probabiliter ignoret: quid enim ſi ab anteceſſore huius prætoris infamia notatus fuerit? & quid ſi actione aliqua famoſa, veluti furti vi bonorũ raptorum, depoſiti, tutelæ, pro ſocio, mandati fuerit damnatus, & hunc damnatũ eſſe prætor ignoret. Quid ſi artis ludicræ pronũciandive cauſa in ſcenam prodierit: quid ſi lenociniũ fecerit, & hæc prætor ignoret, vt probabiliter ignorare poteſt: His certè caſibus, etſi admiſſus ſit aduocatus, non tamen præſumitur ei prætor gratiã feciſſe & veniã dediſſe; ſed ſi prætori poſtmodũ conſtiterit eum ex prædicta aliqua cauſa infamia eſſe notatũ, merito ipſum, non ſolum remouet, ſed pœnam quoq; huius admiſſi nomine, mulctat.

Ad tertium quoq; non eſt difficilis reſponſio: nam, vt ex prædictis patet, edictũ de poſtulando non modo prohibitorium eſt, ſed pœnale quoq;, prout ampliſſimus teſtis eſt Vlpian. ICtus, iuris peritiſſimus, cui ſane plus fidei tribuo, quam Ant. Fabro. Sane ſi verba illa & iſta duntaxat edicti particula, quæ in *d. §. 8. l. 1.* recitãtur, ſpectentur, aſſentiendum & ſubſcribendum videtur Fabro, ſed quia edictum prætoris non integrũ, ſed eius particula duntaxat, nobis exhibetur, ideo credendum eſt Vlpiano, qui reliqua edicti verba vidit, proculdubio legit, ac diligenter conſiderauit.

Statuendum proinde eſt cum Vlpiano, ex edicto pœna pecuniaria eos mulctari, qui contra edictum in iudicio poſtulare voluerint.

Quocirca ſi clericus contra Eccleſiam ſuam pro extraneis poſtularit, beneficio ſuo priuatur, ita decretum in *cap. final. extra, de poſtul.* vbi Gregorius Nonus Pontifex: *Clericus qui contra Eccleſiam, à qua bene-*

ficium obtinet pro extraneis aduocatus vel procurator eſſe præſumit, tanquam ingratus poteſt beneficio huiuſmodi ſpoliari. Ex quo & ipſo liquet, clericum non ſolum prohiberi poſtulare, ſed contra prohibitionem poſtulantem pœna quoq; affici.

Quæ. 14 *An clericus à pluribus Eccleſiis beneficia habens amittat beneficium, ſi pro vna cõtra alterampoſtulet?*

Quod ſi à pluribus Eccleſiis beneficia habeat, & pro vna contra alteram poſtulet, vtrum & tunc beneficium, quod ab ea habet Eccleſia, contra quam poſtulauit, amittat, quæritur?

Et quidem author noſter affirmat per textum in *capit. finali de poſtulando.* Verum hic textus, ſi rectè conſideretur, nihil probat, quia expreſſe loquitur de clerico pro extraneo, contra Eccleſiam poſtulante: quo ipſo efficitur, argumento à contrario ſenſu, (quod fortiſſimum eſt in iure noſtro. *l. 1. Digeſt. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.*) quod diuerſum obtineat, nec prædicta pœna amiſſionis beneficii locũ habeat, quando clericus contra Eccleſiam non pro extraneo, ſed pro alia Eccleſia, à qua itidem beneficium habeat, poſtulãs, beneficio non cadat.

Et ſane ſi nihil, quoad propoſitum, referret, vtrum pro extraneo, an vero pro Eccleſia clericus poſtularit, ad quid expreſſam mentionem extranei Pontifex feciſſet? Cum ad certam facti ſpeciem, de extraneis conceptam, non reſpondeat in *d. cap. fin.*

Vt taceam quod *dict. cap. final.* ſit de re odioſa, de pœna videlicet amiſſionis beneficii grauiſſima: at pœnalia & odioſa non extendi, ſed reſtringi debent. *C. odia de reg. iur. in ſext.*

Quocirca cum *dict. cap. final.* de extraneis, & non de Eccleſia ſit conceptum, non debet extendi ad eum caſum, quo pro Eccleſia, & non pro extraneis poſtulat.

Poſtremò certum & manifeſtum eſt, eum qui pro Eccleſia, cui ad gratitudinem obſtrictus eſt, poſtulat contra Eccleſiam non ita delinquere, quemadmodum is, qui contra Eccleſiam pro extraneo poſtulat: facilius itaque ignoſcitur ei, qui pro Eccleſia ſua, quam qui pro extraneo contra Eccleſiam poſtulat.

Quod ſi ab Eccleſia, pro qua poſtulat, antiquius beneficiũ habeat, rationis eſt, ipſum pœna non affici, ſicut nec is vllam incurrat pœnam, qui antiquiori domino à quo beneficium ſiue feudum habet, cõtra dominum poſteriorem ſeruit ac militat, vt textus eſt in *tit. 28. in fine lib. 2. feud.*

Adduci inſuper ſolet pro confirmatione huius ſententiæ *l. 16. ff. de in ius vocand.* vbi libertus patronum nomine pupilli ſui vel adulti in ius, abſq; venia vocans, edicti pœnã non incurrit: igitur pari modo nec pœna afficiendum eſſe clericum pro Eccleſia ſua contra alterã Eccleſiam poſtulans, cum libertus non minus ſuo patrono ad reuerentiam & gratitudinẽ obſtrictus ſit, atq; clericus ſuæ Eccleſiæ, cum à patrono immenſum & inæſtimabile bonum, libertatem ſcilicet, conſecutus ſit.

Sed hoc argumentum, quo Gloſſa vtitur, fateor eſſe infirmum: nam quominus libertus patronum ſuum, tutorio nomine, in ius vocans pœnam edicti incurrat, ac pro ingrato erga patronum habeatur, neceſſitas officii facit, quæ vel inuitum tutorem cogit ſuum patronum in ius vocare: at hæc officii neceſſitas, quoad præſens negotium, deficit in clerico, vt cui ex officio non incumbit pro Eccleſia poſtulare.

Interim tamen ſententia hæc noſtra cæteris, quę adduximus, fundamentis ſtabilitur ſolidiſſime, inter quæ non poſtremum hoc eſſe volo, quod in toto iure canonico nuſpiam hæc pœna clerico reperiatur decreta, qui contra Eccleſiam pro Eccleſia poſtulat: atqui vbi lex tacet, ibi noſtrum quoq; eſt tacere, & ſine lege loqui erubeſcimus.

Nec obſtat, quod ratio, ob quã beneficium amittit clericus pro extraneo contra Eccleſiam poſtulans, locum quoq; habeat in

ſbeat in eo qui pro Eccleſia contra Eccleſiā poſtulauit, quod videl. ingratus erga ſuam Eccleſiā exiſtat, ſi pro beneficio, quod ab ea obtinet alii patrocinium contra ipſam præſtet, adeoq; hac ingratitudine ſeſe indignum beneficio reddat.

Reſp. Nam ab hac ingratitudinis culpa excuſatur clericus, quod Eccleſiam ſuam à qua itidem beneficium habet, iuuare, illi ſuccurrere & patrocinium præſtare voluerit. Et neceſſum eſt fateri diſſentientes, ſi omnino aliqua ingratitudo huic imputari poteſt, eam non eſſe tantam, quanta illius eſt, qui pro extraneo poſtulat contra Eccleſiam. At clericus non ob quamuis ingratitudinem, ſed ob inſignē erga Eccleſiam ingratitudinem beneficio exuitur.

Quæ. 15. *An vaſallus contra dominum poſtulans feudo priuetur?* De vaſallo vtrum aduerſus dominum, à quo feudum tenet, poſtulare poſſit, abſque feudi amiſſione, controuerſia non eſt exigui momenti?

Communiter interpp. iuris feudalis diſtinguunt, vt ſi ſponte contra dominum vaſallus extiterit aduocatus, feudo priuetur *arg. cap. fin. de poſtulando & cap. 1. §. item ſi delator. quæ fuit prima cauſa beneficii amittendi.* Sin verò coactus & officii neceſſitate vel per iudicem, tum excuſetur, nec feudum amittat, & hanc diſtinctionem autor quoq; noſter approbat.

Ego vero iuſtiſſimis de cauſis ſententiæ huic ſubſcribere non poſſum: quod n. indiſtinctè vaſallus non poſſit, contra ſuum dominum exiſtere aduocatus, hiſce fundamentis demonſtratur.

1. Iure feudali apertiſſime cautum eſt, ne vaſallus domini ſui delator exiſtat, & ſi extiterit eius delator, feudum amittat. *titul. 24. libr. 2. feud. in verb. item ſi delator domini tui extiterit & per ſuam delationem graue diſpendium eum ſuſtinere fecerit, tunc iuſtam vult feudiſta cauſam eſſe vaſallum feudo priuandi.*

Iam vero negari non poteſt quin vaſallus, pro alio, contra dominum, poſtulans, ipſius delator exiſtat, ſiquidem ſui cliētis, cui patrocinatur, deſiderium proponit, atq; hoc ipſo dominum ſeu ſeniorem ſuum defert: proinde iuſta hæc erit cauſa feudo vaſallum priuandi.

2. Iurare debet vaſallus ſuo domino, quod neque corpori illius neque facultatibus vllum velit damnum inferre, nec quicquam facere, quod in perniciem & detrimentum domini tendat. *tit. 6. libr. 2. feud* atqui vaſallus, dum aduerſario domini ſui patrocinatur, damnum infert & bonis ipſius vel corpori: proinde ex hac cauſa periurus exiſtit & ob id feudo iuſtiſſime priuatur.

3. Vaſallus præterea iurare debet domino ſuo, quod nunquam ſcienter velit eſſe in conſilio, quo ipſe amittat vitā & membrum aliquod, vel in perſona aliquam læſionem, iniuriam vel contumeliam recipiat *titul. 7. libr. 2. feud.* atqui aduocatus contra dominum ſuum poſtulans, eſt in conſilio aduerſus dominum ſuum, quo ipſe damnum aliquod ſentiat, non igitur poterit vaſallus, ſaluo iuramento, domino feudi præſtito, aduerſus dominum poſtulare.

4. Inſuper vaſallus non poteſt contra dominum ſuum bellum ſuſcipere, *tit. 17. libr. 2 feud.* Atqui vaſallus in iudicio poſtulans contra dominum, bellum aduerſus ipſum ſuſcipere intelligitur, quoniam iudiciale certamen belli inſtar habetur *l. 4. & 8. C de aduoc. diuerſ. iudic.* Igitur nec poterit vaſallus aduerſarii domini ſui aduocatus & patronus exiſtere, & ſi extiterit feudo ac beneficio exuitur.

5. Accedit quod iure feudali apertiſſimè cautum ſit, vt ſi vaſallus dominum ſuum inſidiis clandeſtinis vel manifeſtis appetiuerit, vel inimicis eius ſuas amicitias copulauerit, atque in aliis ſic verſatus eſt, vt potius inimicus, quam fidelis eſſe credatur, feudo priuetur. *titul. 57. libr. ſecund. feudorum.* Iam vero negari

non poteſt, quin tunc, quando vaſallus contra dominum, pro aduerſario domini poſtulat, amicitiam & quidem haut vulgarem cum aduerſario & inimico ſui domini contrahat, dum patronus ipſius exiſtit, & è contra domini ſui inimicus fiat. Sequitur proinde ex hac cauſa vaſallo feudum auferri poſſe.

6. Si clericus contra Eccleſiam, à qua beneficium habet, poſtulauerit, beneficio priuatur *cap. final. extr. de poſtulando.* eo quod ingratus erga Eccleſiam extiterit, conſequens eſt, quod & vaſallus feudo ac beneficio ſuo priuari debeat, ſi extraneis contra dominum patrocinium præſtiterit.

7. Si vaſallus contra dominum ſuum teſtimoniũ dicens feudo priuatur, multo certè magis feudo priuandus erit, ſi in iudicio patrocinium aduerſarij domini ſui ſuſceperit, cum per hoc multo grauius offendatur dominus, q̃ per illud: atq; Vaſallus feudum amittit, ſi contra dominum ſuum teſtimonium dixerit *tit. 33. verſic. ſimiliter. lib. 2. Feud.* vbi Feudiſta: *Similiter vaſallus*, ait, *dominum accuſare vel teſtimonium contra eum reddere non debet in ciuili cauſa modica, vel criminali. Quidam tamen dicunt in criminali non licere, in ciuili licere: in quibus ſi contra fecerit, feudo priuabitur.*

Et quanquam nonnulli ad hunc textum reſpondeāt, priorem ſententiam retractari per poſteriorem: nec priorem ſed poſteriorem approbari: contrarium tamẽ ex verbis ipſis *d. tit. 33.* manifeſtiſſime reſultat: quandoquidem priorem ſententiam non refert, ſed ponit: poſteriorem vero vtpote à quibuſdam probatam, refert duntaxat.

Et quanquam ſint quidam, vt ſub initium huius quæſtionis propoſui, qui diſtinguant vtrum ſponte ſua, nemine penitus cogente, aduerſarij ſui domini patrocinium ſuſceperit, an vero coactus id fecerit, vt priori caſu pœnam amiſſionis feudi incurrat: poſteriori vero non item.

Hæc tamen diſtinctio idcirco ſuſtineri nequit, quoniam iuramentum fidelitatis, quo arctiſſime coniunctus & deuinctus eſt vaſallus ſuo domino, optimam ei excuſationem præſtat, ne patrocinium aduerſarij domini ſui ſuſcipere compellatur; cum ad committendum periurium nemo cogi debeat: atqui quominus vaſallus contra dominum poſtulet, obſtat & impedit iuramentũ fidelitatis, vt ex iam dictis conſtat: igitur non poteſt vaſallus cogi, vt aduocatus fiat aduerſarij ſenioris.

Quapropter non obſtat *leg. 16. Dig. de in ius vocando*, vbi libertus, patronum ſuum in ius vocans, nomine pupilli ſui, non meretur pœnam edicti, quia neceſſitas officij libertum hoc caſu excuſat: Reſp. nã alia ratio hic eſt liberti, & alia vaſalli: huic iuramentum fidelitatis obſtat, quominus poſtulare aduerſus ſeniorem valeat: illi vero nullum impedimento eſt iusiurandum.

Rurſus non obſtat *l. 162. de R. Iur.* vnde colligitur, quod non videatur dolo malo facere, qui iuſſu iudicis quippiam facit, cui parere neceſſe habet.

Reſp. nam regula iſta de tali iuſſu proculdubio accipi non debet, quem ipſe, qui iubetur, nouit eſſe illicitum, nec à ſe honeſte & bona conſcientia ei obtemperari poſſe; ſed de iuſſu honeſto ac licito: aut quem talem eſſe putat is, qui iuſſui iſti obſecutus eſt.

Non deſunt porro, qui diſtinguant, vtrum cauſa, in qua vaſallus contra dominũ patrocinatur, ex parte domini iuſta ſit, an vero iniuſta; vt ſi cauſa domini ſit iuſta, aduerſarij contra iniuſta, tum vaſallus feudo priuetur, ſi contra dominum eius aduerſario in cauſa iniuſta fuerit patrocinatus: feudum vero non amittat, ſi cauſa domini iniuſta ſit aduerſarii vero iuſta.

Verũ nec hæc diſtinctio mihi arridet; propterea quo filius patrem & patronum eius-

eiusque liberos libertus, ne quidem de vero crimine accuſare ac deferre poteſt: *Lto. Digeſt. de iure patronat. l. 14. §. Is demum. ff. de bonis libert.* ne fortaſſis hac ratione ingratus erga patronum liberosue eius exiſtat. Pari itaque ratione Vaſallus, ne quidem in iuſta cauſa, aduerſario ſui domini contra dominum patrocinari ac dominum deferre poterit.

Accedit quod Vaſallus perpetua fide domino per iusiurandum ſit obligatus, ita vt nec vitæ, nec exiſtimationi, nec fortunis domini officere debeat, non igitur in cauſa iuſta contra dominum pro alio, ſaluo fidelitatis iuramento poſtulare poteſt; quod ſi itaque Vaſalli patrocinium aduerſus ſeniorem ab alio petatur, iuſtiſſimam Vaſallus habet cauſam ſeſe excuſandi, officiumque aduocati hoc caſu detrectandi.

Equidem ſi Vaſallus à duobus diuerſa haberet beneficia, dubium plane nullum eſt, quin antiquiori contra poſteriorem iuſta in cauſa patrocinari licite poſſet: quandoquidem antiquiori contra poſteriorem fidelitatem & ſeruitia debet, vt iure feudali diſerte eſt cautum *tit. 28. lib. 2. Feud.* Quo referenda ſunt, quæ paulo ante de Clerico Eccleſiæ ſuæ contra aliam Eccleſiam, cui æque ratione beneficii deuinctus eſt, patrocinante, diſſerui, vide etiam quæ ſcripſi *in tract. Feud. cap. 13. pr. 370. & ſeq.*

Qu. 16. De DONATARIO contra donatorem poſtulante, quidnam dicendum? Anne ab hoc donatio, tanquam ingrato, reuocabitur?

An donatio reuocetur ſi donatarius patrocinetur aduerſario donatoris?

Sunt equidem qui Affirmatiuam indiſtincte tueantur, quibus etiam ſubſcribit Gailius 1. *obſeruat. 58 num. 6.* propterea quod donatio propter ingratitudinem donatarii reuocetur. *§. 2. I. de donat.* Ingratus vero exiſtat donatarius in donatorem, quando contra donatorem alterius patrocinium ſuſcipit.

Verum quia non quæuis ingratitudo donatarii ad liberalitatem reuocandam ſufficit, ſed inſignis & enormis ingratitudo ad hoc requiritur, cuius certæ quædam ſpecies recenſentur *in l. fin. Codic. de Reuoc. donat.* idcirco, niſi in vnam ex illis patrocinium donatarii contra donatorem ſuſceptum incidat, non puto donationem propter hoc reuocari poſſe: nam vt alibi oſtendi præter cauſas illas, *in d. l. fin.* nominatim atque verbis expreſſas non eſſe alias admittendas; idque vberius infra in diſp. de donationibus, iuuante Deo demonſtrabitur.

Cauſæ vero quinque referuntur à Iuſtiniano *in d. l. fin.* ex quibus propter ingratitudinem reuocari poſſit donatio. 1. Si donatarius in donatorem iniurias atroces effuderit. 2. Si manus violentas intulerit. 3. Si iacturæ molem ex inſidiis ſuis ingerat quæ non leuem ſenſum ſubſtantiæ donatoris imponat. 4. Si vitæ periculum aliquod ei intulerit. 5. Si denique quaſdam conuentiones ſiue in ſcriptis donationi impoſitas, ſiue ſine ſcriptis habitas quas donationis acceptor ſpoponderit, minime implere voluerit.

Proinde ſi donatarius aduerſus donatorem in cauſa famoſa patrocinium alicui præſtiterit, aut graue damnum rebus ac ſubſtantiæ domini poſtulatione ſua intulerit; aut donatorem & benefactorem ſuum in vitę periculum coniecerit, donationem iuſtiſſime reuocari arbitror. His vero deficientibus ac ceſſantibus ingratitudinis cauſis, liberalitatem propter patrocinium, aduerſus donatorem præſtitum, reuocari non poſſe, plane mihi perſuaſum habeo.

De Aduocato denique BANNITI quæritur, vtrum banni pœnam incidat ſi patrocinium banniti in iudicio ſuſcipiat; equidem pœnam omnibus proſcripti auxiliatoribus eſſe decretam, plusquam notiſſimum eſt. Veruntamen cum banniti

nem huius ſuæ opinionis iſtam adducit, quod non teneatur patronus facere contrá propriam conſcientiam iuxta illud D. Pauli ad *Roman. 14. Omne quod non eſt ex fide, peccatum eſt*, quaſi dixerit, id non ſolum eſſe peccatum, quod eſt contra conſcientiam ſiue fidem, ſed etiam, quod non procedit ex fide, id eſt iudicio, quo putet id licere. Hoc itaque caſu putat Menochius Aduocatum in ſui locum debere ſubſtitutum dare.

Cæterum *Gutierr. 1. practicar. quæſt. num. 16.* ſtatuit in dubia & ancipiti cauſa, etſi aduerſæ partis fortaſſis præſtent, aduocatum, ſalua conſcientia, poſſe, imo debere, clientem ſuum defendere, modo nulla falſitate vtatur, candide agat proferatque ea, quæ pro ſua & clientis cauſa facere videntur: hoc vero in ciuilibus: non etiam in criminalibus: nam criminalem cauſam dubiam contra reum non putat ſuſcipiendam.

Mihi in omni cauſa dubia & ancipiti indiſtincte, ſiue ciuilis ſit, ſiue criminalis, dicendum videtur aduocatum patrocinium clienti ſuo præſtare teneri, idque facere poſſe bona conſcientia: cum is demum conſcientiam ſuam vulnerare dicatur, qui ſciens iniuſtam fouet ac tuetur cauſam: nec vlla fraus, nec dolus vllus ei imputari poteſt, qui dubiæ atque ambiguæ patrocinatur cauſæ, modo candide agat, nec dolo aduerſarium vincere, ac palmam fraude reportare conetur.

Non moueor argumento Menochii ex *capit 14. ad Rom.* petito: abutitur ſiquidem dicto illo Apoſtoli, quod non ex fide eſt, peccatum eſt: vt quod non de cuiusuis rei credulitate & opinione, ſed de fide ſaluifica intelligendum ſit.

Nec rurſus huic ſententiæ aduocati iuramentum (cuius verba ſupra fuerunt ex *l. rem non nouam. §. patroni. Codic. de iudic. recitata*) quicquam detrahit, non enim iurare tenetur aduocatus ſe bonam fouere & iuſtam cauſam, ſed quod omne id, atque ſolum, quod iuſtum & bonum fuerit, velit clientibus ſuis inferre: atqui in cauſa quoque ambigua defendenda huic ſuo iureiurando ſatisfacere poteſt, id ſcilicet ſolum quod iuſtum & bonum eſt ſuo clienti ſuggerendo: & diuerſa hæc eſſe, bonam & iuſtam cauſam tueri, & iuſtum & bonum clientulo ſuggere, nemo ſane eſt qui non animaduertat; atqui non illud, ſed hoc iurare tenetur patronus *d. §. patroni.* Et licet iuramentum aduocati de iuſta cauſa fouenda conceptum eſſet, credulitatis tamen & non veritatis eſſet, hoc eſt, iurare deberet patronus, non quod foueat iuſtam cauſam, ſed quod ſeſe iuſtam fouere cauſam credat *arg. §. 1. I. de pœn. tem. litigant.* At hoc, ſalua conſcientia, etiam de cauſa ambigua, quæ vtrum bona ſit, an mala, adhuc incertum eſt, iurari poteſt. Qu. 20.

An in cauſa bona liceat aduerſarium dolo vincere?

Quæſtioni huic affinis eſt iſta, vtrum in bona cauſa, ad vincendum præfractum aduerſarium, liceat vti fallaciis, fraudibus, technis atque dolis?

Placet quibuſdam Affirmatiua opinio, quam etiam amplectuntur Matth. Weſenbec. *in paratit. Codic. de aduocat. diuerſ. iudic. numer. 2.* Mynſing. *3. obſeruat. 6.* Fundamenta autem illorum hæc ſunt.

1. Conceſſum eſt iure diuino non minus, atque humano hoſtem fraudibus, dolis & technis vincere, nec inhoneſta aut illicita eſt victoria, quam fraude & dolo quis obtinet. Sic enim Diuus Auguſtinus hac de re ſcribit: *Dominus noſter iubet ad Ieſum Naue, vt conſtituat ſibi retrorſus inſidias, id eſt, inſidiantes bellatores ad inſidiandum hoſtibus. Hinc admonemur hoc non iniuſte fieri ab his qui iuſtum bellum ſuſcipiant, quib. bellare fas eſt: cum autem iuſtum bellum ſuſceperint, vtrum aperta pugna, vtrum inſidijs vincant, nihil ad iuſtitiam intereſt, c. 2. q. 2. cauſa 23.*

Ex

Et *in l.1.ff.de dolo malo.* Vlpianus dolum bonum appellat, quo quis hoſtem circumuenit ac vincit: *Non fuit autem contentus præter dolum dicere, ſed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, & pro ſolertia hoc nomen accipiebant: maxime ſi quis aduerſus hoſtem latronemue quis machinetur.*

Quocirca aduocato aduerſus ſuum aduerſarium in iuſta cauſa licitum erit vti cauillationibus & dolis.

Accedit ad confirmationem huius, quod ſcriptum eſt *in cap.1.cauſ.4.q.4.* Aduocatos vti debere intentione ad amplificandam cauſam, defenſores extenuatione ad minuendam cauſam: at extenuare cauſam ſeu delictum, quid aliud eſt, quam diſſimulare & diſſimulando fraude & fallacia vti?

Veruntamen hæc opinio ab Autore noſtro, vt Reipub. pernicioſa, merito reiicitur.

Primo enim repugnat Iuramento aduocati vllis cauillationibus & fallaciis vti: iurare ſiquidem debent cauſarum patroni ſe quod omni virtute ſua, omnique ope quod verum & iuſtum exiſtimauerint clientibus ſuis inferendum, procurare velle, proinde ſi clientibus ſuis falſum ſuggeſſerint, periuri exiſtunt *d. l. rem non nouam.§.patroni.C.de iudic.*

2. Ad hæc, officium boni Iuriſconſulti (qualis aduocatus eſſe debet) eſt artem æqui & boni profiteri, æquum ab iniquo, falſum à falſo diſcernere *l.1.Digeſt. de iuſtic. & iure*: atqui ars æqui & boni veritatem amat, cauillationes vero, fallacias, fraudes & technas odio proſequitur ac deteſtatur *l.177 Digeſt. de verb. ſignif. l. 5. in fine.Digeſt.de tranſact l.vlt. Codic. vt ab heredibus.l pen.Digeſt. ad exhibend.* Proinde bonus aduocatus ab omni cauillatione ſibi temperare, eamque, ceu peſtem longe nocentiſſimam, fugere debet.

3. Et profecto, ſi in bona cauſa concederetur aduocatis vti fraudibus & fallaciis, tum ſane quiuis aduocatus, prætextu bonæ cauſæ, aduerſarium cauillationibus potius, quam iuſtis legitimiſque rationibus & probationibus ſuperare ſtuderet, adeoque iudicia fraudibus fallaciis & dolis, maximo Reipub. cum detrimento, replerentur.

Non obſtat, quod aduerſus hoſtem liceat vti fraude, dolo ac fallaciis *d.c. 2. & d. l.1.ff.de dolo.*

Reſpond. Nam loquuntur illi textus de armato bello, in quo ſtratagemata iure gentium & belli ſunt licita: at in bello togato fallacia, fraus, machinatio, mendacium, & ſi quæ huius generis ſunt alia, illicita ſunt, imo aduocatis plane interdicta *d. leg. rem non nouam. §. patroni.* ſiquidem ad vincendum hoc in bello hoſtem alia ſunt media, iure legibuſque noſtris prodita, quibus aduocatus vti debet.

Ad ſecundum reſpondeo, rei eiuſque aduocati eſſe, extenuare factum, ſed quantum veritas patitur, *d. §.patroni,* extenuando autem verum diſſimulare non licere, multominus mendacio vti: hoc enim bonum virum non decet; adeo vt ad mortem etiam euitandam mendacio aut falſitate vti non liceat *C. ne quis & ſeq. 22. quæſt.2.*

Qu. 21. *An liceat aduerſarij cauillationes & fraudes eludere fraudibus & cauillationibus?*

Sed vtrum ſaltem ad aduerſarii cauillationes & fallacias eludendas, fraudes excludendas vti liceat fraude, cauillatione & fallacia, porro quæritur?

Affirmant Couarruu. *1.Var.Reſol.2. num. 1.* Hillig. *Donell. Enucl. lib.18. capit. 3. lit. Vu.* & infiniti alii, quos & Autor noſter ſequi videtur; quia dolo malo facere non videatur qui fraudem excludit *l.77.§. 13. Digeſt. de legat. 2.* Et doli boni ſpecies ſit, ſi quis per diſſimulationem ſua tuetur *l. prim.§.ſecund. de dolo.* Et Credizandum ſit contra Cretenſem & fallacia aliam trudat. Malitiæque per malitiam occurratur iuſte, nec calumnia vtatur, ſed prudentia, qui alium fallit, ne fallatur.

latur. Alberic. Gentil. *2. de armis Romanis capit. 2.* Gail. *de Arreſt. capit. 11. numer. 34.* pluresque cauillationes & fraudes non melius, quam oppoſitis aliis redargui poſſint.

Verum nec hæc ſententia tolleranda videtur, tum quia quo minus aduocati hoc etiam caſu fallaciis & fraudibus vtantur, impedit ac prohibet iuramentum, quo ſe id ſolum, quod VERVM & IVSTVM fuerit, clientibus ſuis ſuggeſturos ſancte iurare coguntur *d. §. patroni. l. rem non nouam.* tum etiam quia eruditus, prudens ac diſcretus aduocatus cauillationes aduerſarii ſui, iuris ratione & legum momentis frangere ac retundere facile poterit, vt ipſi ad eas refellendas fallaciis & fraudibus plane opus non ſit: tum etiam, quia, hac admiſſa ſententia, occaſio præberetur & feneſtra latiſſima aperietur omnis generis fraudibus & dolis, quibus ſi iudicia replerentur veritas tandem, iuriſque ratio, omniſque ars æqui & boni è iudicio exterminarentur, ingenti & irreparabili Reipubl. cum detrimento.

Nihil ad rem facit, quod dicitur dolo non facere, eum qui fraudem alterius excludit: nam id verum agnoſco & vltro largior ſi fiat legitimis & competentibus iureque proditis mediis, vt *in d. l. 77. §. 31.* occurſum proponitur dolo alterius modo, atque medio licito: nam ad euitandam fraudem à Mæuio ſibi ſtructam, Titius omiſerat teſtamentum, quaſi ſuſpectum & inſidioſum atque hereditatem ab inteſtato adierat, quod fraudis vitandæ & iniuriæ à ſe repellendæ cauſa fieri, iure permiſſum eſt *l. 42. Digeſt. de acquir. heredit. l. 6. §. ſi patronus. Digeſt. ſi quis omiſſ. cauſ.*

Minus mouet quod dicitur boni doli ſpeciem eſſe, ſi fraus fraude repellatur, & licere contra Cretenſem cretizare & fallaciam fallacia trudere: hoc ſiquidem fundamentum penitus nullum habet, & principium manifeſte petit: hoc quippe ipſum eſt, de quo nunc controuertitur vtrum ſcilicet dolo liceat dolum repellere, fallaciam fallacia trudere, & cum Cretenſibus cretizare? Et vt alias hoc eſſet permiſſum: aduocatis tamen non liceret, eo quod iurarint ſe nil niſi VERVM & IVSTVM in medium adducturos & Clienti ſuggeſturos, per textum in ſæpe citata *l. rem non nouam. §. patroni. Codic. de iudic.*

Vt porro aduocatus fraudulenter ac ſubdole agens pœnis ſubiicitur grauiſſimis, ita viciſſim ſi fideliter, candide, & vt Iuriſconſultum bonum, & bonum virum decet egerit, præmiis ornatur. *Lit. B.*

Prætérquam enim, quod ſalarium à Cliente, ſibi etiam non conſtitutum, iure exigere poteſt, prout ſupra prolixe fuit demonſtratum, hoc quoque priuilegium ipſi, ſi filiusfamil. fuerit, tribuitur, vt quicquid ex profeſſione aduocationis eiuſue occaſione quæſierit, id præcipuum ſibi vindicet, habeatque pro peculio quaſi Caſtrenſi: Sic enim Theodoſ. & Honorius Imperatores Euſtathio præfect. prætor. reſcribunt: *Fori tui culminis & vniuerſorum iudiciorum aduocati quicquid ex huiuſmodi profeſſione vel ipſius occaſione quæſierint, id etiam poſt patris obitum præcipuum velut peculium Caſtrenſe ad exemplum militum proprio dominio valeant vindicare.* Et Theodoſius atque Valentinianus Impp. *in l. 8. Omne*, inquiunt, *quod togatus fori Celſitudinis tuæ quolibet caſu, quolibet, acquiritur titulo quaſi caſtrenſe ſibimet vindicare; nec patribus, nec auis paternis earum rerum commodum acquirere legis iſtius auctoritate decreuimus.*

Hoc vero dicitur peculium quaſi Caſtrenſe quia, vt dicitur *in d. l. 4.* ad exemplum militum introductum eſt, ſiue ad imitationem peculii Caſtrenſis *l. vlt. Cod. de inoffic. teſtament.* Cuius rationem exponunt Leo & Anthemius Impp. *in l. 14. Codic. de Aduocat. diuerſ. iudicior. Aduocati,*

Digitized by Google

qui dirigunt ambigua fata cauſarum ſuaque defenſionis viribus in rebus ſæpe publicis ac priuatis lapſa erigunt, fatigata reparant, non minus prouident humano generi, quam ſi prælijs & vulnerib. patriam parentesque ſaluarent: nec enim ſolos noſtro imperio militare credimus illos, qui gladiis clypeis & thoracibus nituntur, ſed etiam aduocatos: militant namque cauſarum patroni, qui glorioſæ vocis confiſi munimine laborantium ſpem, vitam & poſteros defendunt.

Proinde, ſicut verum caſtrenſe peculium, parentibus non acquiritur, ſed totum pleno iure ad aduocatos pertinet, etiamſi ſint in poteſtate; nec poſt obitum parentum conferuntur cum fratribus, nec in diuiſionem deducuntur: ita quoque hoc quaſi-caſtrenſe peculium filiisf. pleno iure acquiritur, nec poſt patris obitum in collationem venit; quia non oportet labores filiorumfam. aliis lucrum vel fructum afferre *arg. l. vlt. Codic. de ſilent. lib. 12.*

Quanquam vero Iacobus Cuiacius priuilegia hæc aduocatis tributa reſtringere conetur ad eos, qui intra numerum ſunt, ſiue ad ordinarios, & ſupernumerarios iſtis immunitatibus gaudere nolit: quæ tamen *d. l. 4. vt & l. 14. Codic. de aduocat. diuerſ. iudic.* generales ſunt atque prædicta priuilegia non modo ordinariis & illis, qui ſunt intra numerum definitum, ſed in genere aduocatis tribuunt; & ratio inſuper, ob quam huiuſmodi immunitatibus Impp. aduocatos iudiciorum ornant, in vniuerſis aduocatis & tam ordinariis, quam ſupernumerariis obtinet; nec vlla Imperatoris conſtitutio, vel ſanctio in iure occurrit, qua præfata priuilegia ad eos reſtringantur, qui intra numerū ſunt aduocati: idcirco priuilegia hęc non reſtringenda, ſed extendenda ſunt *c. odia de R. iur. in ſext.* Et beneficia hæc principum pleniſſimam interpretationem recipiunt *l. pen. ff. de conſtit. princip.*

Inſuper & hoc tributum eſt aduocatis vt totius anni ſalarium tranſmittant ad heredes, etſi ante finem anni moriantur.

Quod Autor noſter reſtringere quidem conatur ad Fiſci aduocatos: mihi tamen verius videtur idem in omnibus, etiam priuatorum aduocatis obtinere. Vt ſic ſtatuam, facit primo textus *in l. 12. §. 13 ff. de extraordin. cognit.* ibi enim Vlpianus ita de aduocatis in genere ſcribit: *Diuus Seuerus ab heredibus aduocati, mortuo eo prohibuit mercedem repeti; quia per ipſum non ſteterat, quo minus cauſam ageret.*

Lit. C. Qu. 22. An aduocatus ante finem anni mortuus tranſmittat ſalarium ad heredes?

Ecce hic, etiamſi nondum cœperit aduocatus patrocinari clientis ſui cauſæ, tamen ab ipſius heredibus Impp. ſalarium repeti prohibent: At ſi hoc caſu indebitum eſſet ſalarium, aut ſine cauſa apud heredes eſſet, aut cauſa, ob quam datum erat, ſecuta non cenſeretur, competeret vtique clienti aduerſus heredes ſui aduocati vel condictio indebiti, vel condictio ſine cauſa, vel condictio cauſa data.

At hoc poſterius diſerte Vlpianus negat *in d. §. 13.* Igitur conſequens eſt ſalarium totius anni heredibus debitum fuiſſe, vtpote cauſa ob quam promiſſum erat ſecuta.

Quæ etiam ratio innuitur à Iuriſconſulto *in d. §. 13.* Idcirco enim ſalarium ab heredibus aduocati repeti non poſſe dicit Vlpianus, quia per aduocatum non ſteterit, quominus cauſam ageret: at regula iuris eſt, quod quotiens per aliquem non ſteterit, quominus cauſa ſequeretur, & conditio exiſteret, conditionem pro impleta haberi.

2. Accedit etiam his *l. vlt. C. de condict. ob cauſam dat.* vbi Impp. *Aduocationis*, inquiunt, *cauſæ daturæ, ſi per eos, qui acceperant, quo minus ſuſceptam fidem impleant, ſtetiſſe probetur, reſtituendum eſſe conuenit.* proinde argumento à contrario ſenſu hinc elicitur, quod ſi per aduocatos non ſteterit, quominus ſuſceptam fidem impleant (vt non ſtat, quādo morte naturali præueniuntur & extinguntur) ſalarium repeti non poſſe.

3. Quin

3. Quinimo vniuerſale hoc eſt in omnibus, qui ad certum tempus operas ſuas locarunt, vt totius temporis ſalarium exigere illorum heredes poſſint, etſi ante tempus illud & operas completas deceſſerint: ita enim Paulus *in l qui operas.38. ff. locati*: Qui operas locauit, totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quominus operas præſtet: aduocati quoque, ſi per eos non ſtetit, quominus cauſam agant, honoraria reddere non debent. Ratio autem huius perſpicua eſt, quod videlicet omne id tempus illis qui ad certum tempus operas conduxerunt vacet, non minus atque ſi cauſam egiſſent & operam præſtitiſſent: conueniens itaque non eſt, occaſionem cauſæ operæque ſuſceptæ debere illis damno ac detrimento eſſe: ſi enim aliis operam dediſſent, mercedem conſequi potuiſſent.

Quod ſi tamen aliis vacauerunt & exinde mercedem conſecuti ſunt, æquum non eſt eos prætereaab illo, cui operas non præſtiterunt, conſequi mercedem: ſed ſi mercedem iam acceperunt, pro opera nondum præſtita, æquitas ſuadet heredes ipſius reſtituere mercedem.

Et hoc eſt, quod Papinianus ſcribit *in l. 19.§.fin.ff.locati*: diem functo legato Cæſaris, ſalarium comitibus reſidui temporis prȩſtandum, modo ſi non poſtea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.

Huic ſententiæ non obſtat primo, quod ſi tunc, quando per dantem aut promittentem ſtat, quo minus ſequatur cauſa, ob quam datum quippiam aut promiſſum eſt, datur repetitio, multo magis repetitio ob cauſam dari tunc competat, cũ caſu factum eſt, quominus cauſa ſequatur: atqui cum per ipſum dãtem ſtat quominus cauſa ſequatur, ob quam datum quippiam aut promiſſum eſt, datur repetitio dati ob cauſam *per text in l.13 & 5.ff. de condict.cauſ.dat. l.15.§ 6.ff. locati.* Ergo cum caſu fit quominus cauſa ſequatur, (vt accidit cum ante tempus & cauſam peractam aduocatus moritur) quod datum eſt aduocato ab heredibus eius, condici & repeti poteſt.

Reſpond. Hoc, inquam, non obſtat: nam maior propoſitio fallit in iis, qui ad certum tempus operas ſuas locarũt, quales ſunt aduocati: hæc vero exceptio aperte eſt fundata *in l.1.§ 13.ff.de extraordin.cogn. & l.38.ff.de locat.conduct.* Et ratio exceptionis paulo ante fuit indicata.

Similiter non obſtat, quod cum in aduocatis fiſci hoc ſingulare ſit, ipſis loco priuilegii tributum, quod totius anni ſalarium, mortuis intra annum debeatur ipſorum heredibus & ſucceſſoribus *in l.25. C.de aduocat.diuerſ iudic.l.3.§.6.l.5 §.6. C. de aduoc.* ſequatur in cæteris aduocatis contrarium eſſe ſtatuendum, ſicut non tranſmittant ad heredes & ſucceſſores ſalariũ totius anni. Reſp. etenim quod hoc ſpeciale ſit priuilegiũ aduocatorum fiſci, qui ſalarium è publico habent, vt totius anni ſalarium ad heredes tranſmittant, etſi ante annum finitum vita fuerint functi, negandum & pernegãdum eſt; ciuſq; falſitas ſatis ſuperq; textib. & fundamentis ſupra adductis oſtenditur: quo inprimis faciunt *l 1.§.13.ff.de extraordin cogn.l.38.de locat. conduct.* quibus idem in quibuſuis aduocatis obtinere docetur. Proinde ius generale ad ſpeciem, aduocatos videlicet fiſci, in adductis ll. accommodatur. His porro quæ hactenus de aduocatis fiſci & cæteris dictum eſt, obiicitur *l.13.C.de aduocat. diuerſ. iudic.* vbi dicitur, aduocato fiſci, intra annum mortuo, nihil inde commodi heredib. acquiri. Reſpondet Fulgoſius, quem ſequitur Alexander, *in l.diem functo de offic. aſſeſſor.* per eam *l.13.* abrogari ſequentẽ *l.15.* Alii prȩdictam *l.13.* de illo fiſci patrono accipiendam aiunt, qui intra annum officiũ non cœperit peragere. Alii regulam ibi tradi dicunt, cuius exceptio ſubiiciatur *in d.l.15.* vt ſenſus ſit, aduocatus fiſci ſi decedat, nihil inde heredi acquiritur, præter ſalarium iſtius anni, in quo decedit.

Rectiſſime & omnium veriſſime reſpondet Rauchbarus *d. l. 13.* loqui non de ſalario aduocati fiſci, ſed de commodo ſurrogationis, ſeu ſucceſſionis in officio, propterea quod ſequens in gradu, non heres in mortui aduocati locum ſubrogetur, quæ interpretatio placet quoque Saliceto *in d. l. 15.* & in textu aperte fundatur. Illic enim ita Imp. Leo Anthemius: *Quando autem fiſci aduocatum mori contigerit gradu eum ſequentem ſine vlla dilatione in locum eius ſurrogari, heredibus defuncti nihil exinde ſibi commodi acquiri poſſe ſperaturis.* Vult itaque Imperator heredes defuncti aduocati non ex ſalario, ſed ex ſucceſſionis & ſurrogationis iure nihil ſperare debere commodi.

Et hanc ſententiam amplectuntur haut poſtremi nominis Iuriſconſulti, atq; inter eos Bartol. *in l. 1. §. 13. ff. de extraordin. cognit.* Bald. *in l. vnic. de ſuffrag.* Gail. *1. obſeruat. 44. n. 12* Rauchbart *part prior. quæſt. 25.* Weſenbecius *in paratitl. Cod. de aduoc. diuerſ. iudic.* Mynſing. 3. *obſeruat. 8.*

Cæterum Andreas Rauchbarus hanc ſententiam reſtringere conatur, ita vt procedat in ſalariis, quæ ob operam vel officium liberale, magis honoris vel beneficii remunerandi, quam laboris compenſandi gratia præſtantur, indeque honoraria, honorariæ ſummæ, ac honores appellãtur *l. 1 pr. ſi menſor falſ. mod. dix.* Secus vero ſeſe habeat in ſtipẽdiis, quæ ob laborem & operam non æque liberalem dantur, proprieq; mercedes dicuntur, vt ſunt ſalaria miniſtrorũ, vel famulorum domeſticorum, mercenariorum ac mechanicorum & ſimilium. Nam illorum heredes pro rata tantum ſeruitii vel operarũ præſtitarum mercedem accipiant per textum *in l. 15. §. Item cum quidam. ff locat. l. Seio amico pr. verſ. cum tam labor, quam pecuniam diuiſionem reciperent. ff. de annuis legat. l. 3. §. 12. de re militari l. 16. C. de erogat. milit. ann.*

Veruntamen quod iure communi omnes, quibus annua ſtipendia conſtituta ſunt, ad heredes pro reſiduo tempore ſalarium tranſmittant, rectius mihi aſſeruiſſe ac ſtatuiſſe videtur, Iacobus Cuiacius.

Fundamentum aſſertionis huius perſpicuum eſt *in l. 38. ff. locati.* ibi Paulus generaliter & indiſtincte loquẽs: *Qui operas, inquit, ſuas locauit, totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quo minus operas præſtet.* Nullum ſane in hac ſententia verbulum eſt, quod ſuadeat eam ad operam vel officium liberale reſtringi.

Nec quicquam ſane ad rem faciunt textus in contrarium adducti, nam *l. 13. §. cum quidam. ff. locati,* nihil continet quicquam, quod huc ad propoſitum accommodari poſſit.

In *l. Seio amico. 10.* hoc ſolum dicitur, quod pecunia diuiſionem non recipiat: ex quo profecto perperam infertur. Igitur locatorib. operarum, ante tẽpus locationis completum decedentibus, integrum ſalarium non deberi.

In *l. 3. §. 12. ff. de re militari,* nihil de ſalario heredibus præſtando, vel non præſtando proponitur, ideo & illa impertinenter allegatur.

Hoc quod de aduocatis dictum eſt, ad profeſſores liberalium artium ipſorumq; heredes rectiſſime extenditur, vt ſcilicet ſalaria totius anni liberis ac heredib. profeſſorum debeantur, ſi ante expletum annum illi deceſſerint. 1. Quia vniuerſaliter in omnibus, qui operas ſuas ad certum tẽpus locarunt, obtinet, *d. l. 38. ff. locati.* 2. Quia aduocati heredes integrũ ſalariũ idcirco conſequuntur, quia per aduocatum non ſtetit, quo minus cauſam perageret: at hanc in profeſſoribus, ante annũ finitum mortuis, æque obtinere, perſpicuum eſt. Ita quoque Gail. *1. obſ 44. n. 13.*

Qu. 23. *Quidnã dicendũ ſit ſi ſub hac conditione ſi operæ præſtentur, promiſſum ſit ſalarium?*

Equidem ſi ſub conditione expreſſa contractum ſit, vtputa ſi promiſſum ſit ſalarium, ſi operæ præſtentur, quia tunc exiſtentia conditionis requiritur, idcirco etiam, deficiente conditione, & opera nõ præſtita, putant vulgo ſalarium totius

anni

arini non deberi, per textum in *leg. ſi vehenda. Digeſt. ad L. Rhod. de iact. leg. In illa ſtipulatione. §. Calend. de verb. obligat. leg. cedere diem §. ſub conditione de verb. ſignificat.*

Sed hanc ſententiam apertè refellit *d. l. 38. Dig. de locat.* nam ibi, licet expreſſè ita merces ſit promiſſa, ſi opera fuit præſtita, tamen ſi impediatur caſu fatali operæ locator, mercedem integram conſequitur.

Accedit quod licet hoc caſu conditio reuera defecerit, nec cauſa ſecuta fuerit, perinde tamen habeatur, ac ſi non defeciſſet, ſed extitiſſet conditio & cauſa ſecuta fuiſſet, quia quominus ſequeretur, per locatorem operæ non ſteterit *d. l. 1. § 13. ff. de extraordin. cognit. d. l. 38.*

Nec mouent textus in contrarium adducti, quoniam extra oleas, vt dici ſolet, & impertinenter adducuntur: nam nos de illis loquimur, qui ad certum tempus ſuã operam alijs locarunt: at leges adductæ de eo caſu non agunt: regulam agnoſcimus quod, conditione deficiente, & cauſa non ſecuta, ob quam quid promiſſum eſt, non debeatur quod fuit promiſſum: ſed ab hac regula iſte excipitur caſus, quem in præſentia tractamus.

RESOLVTIO THESIS QVARTÆ.

Lit. A. QVoniam inter eos, qui ab aduocatione arcentur præcipuum fere locum obtinent infames, idcirco poſtquam de aduocatis hactenus dictum eſt, oportunum videtur de infamibus nonnihil ſubiicere.

Qu. 24. *An infamia recte definiatur famæ & exiſtimationis imminutio?*

Infamiam definit Autor noſter, quod ſit famæ vel exiſtimationis imminutio, cum Weſenbecio in *parat. de his qui not. infamia* Accurſio in *leg. 1 Cod. quibus cauſ. infamia.* Sed male profecto: nec enim quamuis famæ imminutionem dicendam eſſe infamiam, his rationibus euincitur.

1. Turpitudinis leuiſque notæ macula eſt imminutio famæ, quoniam exiſtimatio & fama eius vtiq; imminuitur, cui huiuſmodi macula aſpergitur: atqui hæc turpitudinis ac leuis macula non eſt infamia, quoniam infamiæ expreſſe opponitur in *l. 27. ff. de inoffic. teſtament.* igitur non quæuis famæ & exiſtimationis imminutio infamia dici poteſt.

Nec eſt quod quis excipiat in *d. leg. 27.* non opponi infamiæ in genere turpitudinis ac leuis notę maculam: ſed infamię ſolum iuris: in propoſito autem ab Autore definiri in genere infamiam, quæ duplex ſit iuris & facti.

Reſpon. præterquam enim quod iſta infamiæ diſtributio adhuc valde eſt controuerſa vt mox apparebit: nulla mentio fit in iſta *leg. 27.* infamiæ iuris, ſed de infamia in genere loquitur imperator.

Quin etiam diſerte infames eſſe negantur, qui flagellis ab Æditibus ſunt cæſi in *leg. eos 12. Digeſt. de decurionibus*: & tamen illos eſſe turpes & inhoneſtos famamque & exiſtimationem eorundem eſſe minutam hoc ipſo oſtenditur, quod ibidem inhoneſtum eſſe dicitur, huiuſmodi perſonas, flagellorum ictib. ſubiectas, in ordinem recipi, maxime vbi honeſtorum virorum ſit copia.

Quocirca longe rectius Hugo Donellus *81. comm. 6.* infamiam definit, quod ſit famæ & exiſtimationis priuatio, qua ſcilicet omnis conſumitur exiſtimatio *l. 5. ff. de extraordin. cognit.*

Contraria quippe ſunt fama & infamia: contraria autem ſimul ſubſiſtere nequeunt, ſed vnum illorum pellit alterum: fama proinde omnem tollit & conſumit exiſtimationem.

Qu. 25. *An infamia recte diuidatur in infamiã facti & iuris?*

Infamiam, quam modo definierat famæ vel exiſtimationis imminutionem, nunc diuidit Autor noſter infamiam iuris & facti. Quæ diuiſio communiter ab Interpp. comprobatur: ſed vtrum ſuſtineri poſſit videamus.

Etenim Hugo Donellus *dict. capit.6.* Iohannes Niellius *diſputat. 2. theſ. 6. litera D.* negant veram eſſe diuiſionem hanc infamiæ; idq́ue hiſce argumentis evincere videtur.

1. Quicquid non tenetur infamiæ legibus & pœna, illud non poteſt dici infamia: atqui illi, quos Dd. dicunt infamia facti notatos, quorum ſcilicet exiſtimatio grauata eſt apud bonos & honeſtos viros, non tenentur legibus & pœna infamiæ. Igitur ſequitur infamiam, quam facti appellant, propriè non eſſe infamiam.

Aſſumptio probatur ex *dict. leg. eos. 12. Digeſt. de decurionibus.* Nam ibi qui ab Ædilibus fuſtibus & flagellis cæſi ſunt, quorumcunq; propterea exiſtimatio læſa eſt apud bonos & honeſtos viros, negantur eſſe infames: & tamen horũ exiſtimationem eſſe apud honeſtos & bonos viros gravatam negari non poteſt, idq́; vel eo ſignificatur, quod dicitur, tales in ordinem recipi inhoneſtum eſſe, maxime vbi ſuppetat copia virorum honeſtorum.

2. Accedit quod hominum opinione ſit & probroſum ob delictum flagris cædi, relegari, ordine moueri: at horum per ſe nihil infamiam inferre, probat *l. Iuriſconſultus fuſtium. 22. Digeſt. de his qui not. infam. dict. l. 12.* Proinde infamia dici non poteſt, cum alicuius exiſtimatio gravata eſt apud honeſtos viros.

3. In *l. 17. Cod. de inoffic. teſtament* diſerte opponitur infamia turpitudinis & leuis notæ maculæ: at hæc ex omnium Dd. ſuperiorem diſtributionem infamiæ defendentium, ſententia, eſt infamia facti: ſequitur proinde illam infamiam, quam facti appellant, non eſſe infamiam, nec pro infamia haberi.

Quod ſi diſſentientes reſpondent in illa *l. 27.* turpitudinis & leuis notæ maculam non opponi infamiæ in genere, ſed infamiæ iuris, tum manifeſte principium petunt; quandoquidẽ hoc ipſum in quæſtione eſt: deinde obſtat illis generalitas textus, qui non in ſpecie de infamia iuris, ſed de infamia generaliter conceptus eſt.

4. In *l. 10. §. 12. ff. de in ius vocand.* actio, quæ pudorem ſuggillat, (quæ ex Dd. ſententia eſt infamia facti) aperte diſtinguitur ab actione famoſa: pudoris proinde ſuggillatio & læſio non eſt infamia.

5. Idem quoq; probatur ſequentib. iuris textibus: in *l. 13. C. ex quibus cauſis infamia.* Alexander Imperator: *Ea*, inquit, *quæ pater teſtamento ſuo filios increpans ſcripſit, infames quidem filios iure non faciunt, ſed apud bonos & graues opinionem eius, qui patri diſplicuit onerant.* Ecce hic expreſſe negatur quod infamiam importet, id, quod exiſtimationẽ alicuius apud graues viros lædit, cui ſane conſequens eſt, quod non poſſit infamia appellari, quod alicuius opinionem onerat apud viros honeſtos.

In *l. 14. Codic. eodem titul.* ait Gordianus: *Nullam exiſtimationis infamiam avunculus tuus pertimeſcat ICtibus fuſtium ſubiectus ob crimen quæſtione habita, ſi ſententia non præceſſit ignominiæ maculam irrogans.*

Et Imperatores Carinus & Numerianus. *Interlocutio*, inquiunt, *præſidis, quæ indicta eſt, infamem eum, de quo quæris feciſſe non videtur: cum non ſpecialiter ob iniuriam, vel admiſſam vim condemnatus ſit, ſed ita præſidis verbis grauatus & admonitus, vt ad melioris vitæ frugem ſe reformet.*

Quibus Impp. conſtitutionibus ſignificatur perſpicue, non poſſe dici infames eos, quorum exiſtimatio apud bonos viros ſit grauata. Atqui hos dicunt Dd. infamia facti laborare: ſequitur idcirco nullam eſſe infamiam facti.

6. *Deniq. exiſtimatio*, inquit, Calliſtratus, *eſt dignitatis illæſæ ſtatus, legibus & moribus comprobatus: dict. l. penult. §. 1. Digeſt de extraordin. cognit.* Vnde ſequitur infamiam, exiſtimationi contrariam, eſſe dignitatis læſæ ſtatum, legibus & moribus improbatum.

Et conſequenter infamiam ſolum eam exiſtimari, quæ iure vel ſcripto, vel non ſcri-

non ſcripto irrogetur; adeoque omnem infamiam eſſe iuris. Atque hoc etiam mire confirmat, quod in eadem l. ſequitur, exiſtimationem & delicto noſtro authoritate legum aut minui, aut conſumi: vnde colligere promptum eſt, exiſtimationem adhuc in iure pro illæſa haberi, etſi opinione hominum grauata ſit, ſi non iure ac legibus vel minuta, vel conſumpta fuerit.

Pro contraria opinione ac ſupra dicta infamiæ diſtributione hæc videntur facere argumenta.

1. In *l. 2. C. de dignitatibus* notati, dum à famoſis diſcernuntur, intelliguntur infamia facti aſperſi.

2. Infamia eſt quæcunque exiſtimationis & famæ imminutio *l. 5. §. 2. ff. de extraordinarijs cognit.* Atqui fama & exiſtimatio aliter quam iuris auctoritate minui poteſt, vt in propatulo eſt, ſequitur itaque aliam quoque eſſe, præter iuris infamiam, quocunque tandem nomine illa vocetur.

3. In *l. 2. ff. de obſeq. patron.* expreſſe confirmatur, duplicem eſſe infamiam, aliam iuris, & aliam facti: ſic enim ibi Vlpianus: honori parentum ac patronorum tributum eſt, vt quamuis per procuratorem iudicium accipiant, nec actio de dolo aut iniuriarum in eos detur: licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipſa & opinione hominum non effugiunt infamiæ notam, quo quid obſecro clarius pro hac ſententia dici poſſet: ſi enim in propoſito, qui infamiam iuris effugiunt facto ipſo infamiæ nota aſperguntur, ſequitur exinde, quod non omnis infamia ſit iuris: quam ſcilicet ius inurit, ſed quod, præter hanc, ſit alia quædam infamia, quam factum ipſum turpe ingerat.

4. Si nota iſta turpitudinis, quam infamiam facti Dd. appellitant effectus habet veræ infamiæ, tum vtique pro infamia haberi debet: atqui verum eſt prius: ſicut enim infames ad teſtimonium dicendum non admittuntur *leg. 3. Digeſt. de teſtibus*, & in fratribus locum faciunt querelæ inofficioſi *leg. 27. Cod. de inoffic. teſtamento.* ita quoque hi, quorum ob turpe aliquod facinus opinio apud bonos & honeſtos viros grauata eſt, & à teſtimonij dictione remouentur, *d. l. 3.* & ſi heredes inſtituti fuerint locum faciunt in fratribus defuncti querelæ inofficioſi teſtamenti; ex his proinde concludendum videtur, quod infamia duplex ſit iuris & facti, quarum illa ob facinus aliquod turpe & inhoneſtum ius irroget: hanc verò opinio honeſtorum & grauium virorum.

Et hanc ſententiam probant & tuentur Franciſc. Duarenus *tit. de his qui not. infam. cap. 2. & 1 diſput. 2.* Marquardus Freherus *de infamia lib. 3. cap. 1. 2. & 22.* Hilliger *Donell. Enucl. lib. 18 cap. 3. lit. j.* Gödd. *ad leg 41 num 9. de verb. ſignificat.* Heius. *part. 1. q. 21. num. 4.* Eandemque vnanimi ſententia omnes propè è veteribus iuris interpretibus laudant, nec quiſquam, quem ego viderim, ante Donellum & Franciſcum Hotomannum in dubium reuocare eſt auſus.

Ego tamen non poſſum non ſententiæ priori ſubſcribere; & cum Donello, Niellio & Franciſco Hotoman. ſtatuere, infamiam ſolum iuris auctoritate irrogari, nec præter hanc vllam eſſe aliam; quæ in legibus pro infamia habeatur.

Nec puto opinionem hanc nouam euerti aut labefactari argumentis modo pro ſententia Autoris noſtri adductis.

Ad primum enim reſpondendum eſt, in *leg. 2. Cod. de dignitatibus per notatos,* nulli alij quam infamia iuris laborãtes intelliguntur: ita vt famoſi, notati & illi quos ſcelus aut vitæ turpitudo inquinat, illîc pro Synonimis ponantur, qui etiam poſtea dicuntur per infamiam ab honeſtorum cœtu ſegregari. Idque ex eo intelligitur, quod illi, quorum opinio & exiſti-

exiſtimatio apud honeſtos viros grauata eſt,quique vulgo infamia facti dicuntur notari, non arceantur ab honoribus *l.eos. 12. Digeſt. de decurionibus*, cum illis,qui in *d. l.2* notati dicuntur,portæ dignitatum ſint clauſæ.

Ad ſecundum reſpondetur committi elenchum definitionis: non enim infamia ſic rectè definitur,quod ſit famæ & exiſtimationis imminutio, vt paulò ſupra fuit oſtenſum, ſed quod ſit priuatio quædam famæ.

Neque ad rem multum facere exiſtimo *l. 5. §.2.& 3. Digeſt.de extraordin.cognit.* quandoquidem ne minimo quidem verbulo ibi ſignificatur, quod illi quorum ex cauſa aliqua minuitur exiſtimatio, infamia ſint notati, & quod nulla infamia ipſis aſperſa ſit, argumento eſt, quod ad honores admittantur *dict. l. eos*, à quibus infames arcentur *l. 2. Cod. de dignitatibus.* Illos itaq; infamia laborare cenſeo, quorum exiſtimatio non ſaltem minuitur,ſed conſumitur etiam.

Ad tertium reſpondet Donellus eos, quorum exiſtimatio grauata eſt apud bonos viros in *d. l. 2.* & alibi infames appellari abuſiue ex hominum opinione, vt arguit *rubric. & tot. tit. Digeſt.de his qui not.infamia.* ſub quo titulo propoſitum eſt Iuſtiniano de infamibus ex profeſſo tractare,& tamen illic nullam mentionem facit illorum, qui infamia facti contaminati dicuntur, nec infamibus vllibi eos accenſet.

Melius & probabilius reſpondet Iohannes Niellius: in vnico caſu *dict. l. 2.* eum qui iuris ſubtilitate infamis non eſt, re tamen ipſa infamiæ notam ſubire,cum ſcilicet per procuratorem iudicium accepit, & condemnationem paſſus eſt, qui ſi ſuo nomine iudicium accepiſſet, ipſo iure infamia notaretur: ratio enim, quæ hunc infamia eximit, in mera ſubtilitate conſiſtit; ideoq; re ipſa hic parum ab infamibus differre exiſtimatur.

Quocirca cum hic caſus ſit ſpecialis, male Dd. regulam generalem exinde extruunt.

Ad vltimum cum Donello reſpondendum exiſtimo: non ſequi perſonæ turpes, quarumq; exiſtimatio ob facinus turpe& inhoneſtum apud bonos viros grauata & læſa eſt,remouentur à quibuſdam,vt à teſtimonii dictione, à quib. infames remoueri& arceri ſolent:ergo ſunt infames:eſt enim fallacia à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter: & committitur elenchus comparationis: nec enim quæ in vno aliquo tertio conueniunt, ea ſimpliciter conueniunt. Quinimò, cum turpes perſonæ ad honores admittantur *dict. l. eos. 12. Digeſt. de decurionibus*: Infames autem ab honoribus arceantur *l. 12. C. de dignitatibus.* pateſcit exindè luce meridiana clarius, quod non ſint infames, nec in omnibus cum infamib.conueniãt. Poſtremo perſonæ turpes à teſtimonii dictione non ideo arcẽtur, nec propterea in fratribus querelæ inofficioſi locũ faciunt,quia infamia laborant, ſed quia hæc in genere de turpibus perſonis conſtituta ſunt.

Litera C. Quæ.26 *An infamia iuris etiam innocẽti irrogetur?*

Infamiam iuris,quã ſolam pro infamia haberi hactenus demonſtratum eſt,lex ex turpi cauſa irrogat nocenti: nocenti dico, quoniam innocenter damnatus, reuera iuris infamia non afficitur.

Hoc, quamuis per ſe ſatis perſpicuum videatur, his tamen amplius confirmatur: infamiæ ſiquidem duæ res iunctæ locum faciunt,turpe aliquod facinus atque honeſto viro indignum & iuris auctoritas, hoc factum notantis: idque clariſſimè pateſcit ex *dict. l. 5. §. 1. de extraordin cognit.* vbi dicitur exiſtimationem EX DELICTO noſtro auctoritate legum aut minui, aut conſumi.

Quo circa ſi delictum nullum fuerit commiſſum, non poteſt locum infamia ſibi vindicare.

Accedit quod infamia ſit pœna *l. 28. §. 1. Digeſt. de pœnis.* Omnis autem pœna præſupponit

Digitized by Google

ſupponit delictum, igitur innocens pœna non afficiendus, ſed abſoluendus ſit *l. 20. & l. 26. ff. de pœnis.*

Denique huc facit inprimis *l. 8. Cod. ex quibus cauſ. infam.* in qua Imperatores ita reſcribunt: *Si furti condemnata es, citra verbera quoque fuſtium, famæ damnum ſubiſti: quod ſi res furtiua, quam alter ſurripuit apud te ignorantem comperta eſt, non laſit exiſtimationem tuam durior ſententia.* Hisce poſtremis verbis Imperator oſtendit innocentem ad infamiæ pœnam condemnatum non reddi infamem, nec exiſtimatione priuari, ſed eam ſaluam & illæſam retinere.

Obiiciunt autem diſſentientes, quod ſententia ius faciat, & pro veritate habeatur, ac prætor etiam tunc, quando iniquè decernit, ius dicere prohibeatur *l. penult. Digeſt. de iuſtitia & iure.* Igitur ex cauſa famoſa damnatus, licet iniuria, quoad effectus iuris pro infami habeatur.

Reſp. Si iniqua ſententia quis grauatus fuerit, non ſolum habere beneficium appellationis, ſed etiam actionem iniuriarũ adverſus iudicẽ *pr. Inſt. de iniur.* quin etiam ſi ipſo iure nulla ſit ſententia, vtpote contra legis præſcriptum aperte lata, non grauari condemnati famam certiſſimum eſt: deniq; ſi ex manifeſte falſa cauſa quis condemnatus fuerit, quo minus infamis reddatur, dubitare non licet.

Littera D. Infamiã porrò iuris duobus modis irrogari ſtatuit author noſter, ipſo iure per ſolum delictum, & condemnatione, delictum per ſententiam iudicis ſubſecuta, ita Duarenus *1. diſput. 42.* Vdalr. Zaſ. in *paratit. de his qui not. infam. nu. 2.*

Sed huic ſententiæ contradicunt alii, & quidem Donellus *18. com. 6.* tres cauſas ex quibus infamia iuris irrogetur, conſtituit. 1. Delictum quod ipſo iure infamiam ingerat. 2. Condemnationem ſeu ſententiam iudicis. 3. Pactionem de crimine factam *l. 5. & ſeq. ff. de his qui not. infamia.*

Quam ſententiam confirmat *d. l. 5. §. in fine. iunct. l. palam. §. pen. ff. de rit. nupt.* nam in *d. §. pen.* priores duæ infamiæ cauſæ aperte diſcernuntur, ſic vt vel lex notet infamia, vel iudicis ſententia: atqui à iudicis ſentẽtia pactionem ſuper delicto aperte ICtus diſcernit à condemnatione ſeu ſententia, dum ait: *Item ſi qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo ſuo nomine damnatus pactusuè erit ſimili modo infames ſiunt.* Vt proinde ex collatione harum duarum legum manifeſte liqueat, quod infamia triplici ex cauſa oriatur, 1. Ex iure, 2. Ex ſententia. 3. Ex pactione.

Franciſcus Hottomannus triplicem quoque facit infamiæ cauſam: nam infamia, ait, tribus modis irrogatur: facto, iudicio & decreto: facto, cum quis ſolo delicto infamia notatur, etiam abſque ſentẽtia iudicis: iudicio, cum facto, quantumvis turpi admiſſo, ſine ſententia tamẽ & damnatione non irrogatur infamia, ſed demum ſententia iudicis condemnatoria, ſubſequente decreto, vt cum ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſi ſunt milites ab Imperatore.

Ego, aliorum ſaluo iudicio, Donelli ſententiam iudico eſſe veriſſimam: nec ei repugnat, quod idcirco pactio ſuper crimine infamet, quia ſit inſtar confeſſionis, eo quod is, qui paciſcitur, crimen confiteri dicitur *l. 6. Digeſt. de his, qui not. infamia.* Confeſſus autem pro iudicato habeatur *l. 1. & tot. tit. Digeſt. de confeſſ.* adeoque pactio de crimine famoſo ad ſententiam iudicis, qua infamia irrogatur, referri debeat.

Huic enim refragatur apertè *d. l. 5.* quæ diſcernit damnatum de maleficio & pactum, in verbo damnatus pactusve erit. 2. Eidemque repugnat, quod confeſſus adhuc condemnandus ſit *l. 3. & l. 5. ff. de confeſſ. l. vltim. Cod. de execut. rei iud.* Weſenbec. in *paratit. de confeſſ. num. 7.* At ſi confeſſus pro iudicato haberetur & confeſſio pro condemnatione, ſeu ſententia, non opus eſſet confeſſum adhuc conde-

mnari in eumque ſententiam ferri.

Sic non obſtat, quod vt author noſter vult, quod pactio quæ infamat, referri debeat ad delictum ipſo iure infamans, eò quod pactio de maleficio ſit maleficium, quatenus ius publicum lædit.

Non enim pactio de delicto idcirco infamiam irrogat, quia delictum ſit famoſum, ſed quia is, qui paciſcitur, crimen fateri intelligitur *d.l.6.ff.hoc tit.* Et quamuis delictum eſſet, non tamen protenus tale eſſet delictum, quod ipſo iure infamiam irrogaret.

Non denique quicquam aduerſatur, quod decreto quoq; fiant infames, qui ex cauſa ignominioſa militia mittuntur exauctorari, *L.1.l.2.ff.de his qui not infam.* Item qui ſenatu ſunt moti *l.3.C.hoc tit.*

Nam hi rectè dicuntur condemnatione & ſententia iudicis infames effecti.

De hoc porro quæritur, vtrum in cauſa delicti infamantis ob contumaciam damnatus, efficiatur infamis?

Affirmandum hoc videtur quia conuictus criminis & condemnatus efficitur infamis ſententia iudicis: at contumax pro conuicto habetur. Proinde ſi contumaciæ in cauſa famoſa condemnatus ſit, infamis exiſtet.

Cæterum ſententia contraria videtur eſſe & benignior, & verior: vt enim quis ſententia iudicis & condemnatione efficiatur infamis, requiritur, vt verè ſit criminis conuictus: at contumax fictè ſolum conuictus eſt & pro conuicto duntaxat habetur.

Quod de ſententia iudicis infamiam irrogante, hactenus dictum eſt, id ad ſententiam arbitri non extendendum ICtus monet: *Ex compromiſſo*, inquiens, *arbiter infamiam non facit, quia nō per omnia ſententia eſt l.13 ff. de recept.* quanquā enim compromiſſa redacta ſint ad inſtar iudiciorum *l.1.ff.de recept. qui arbitr.* & arbitri ſententia ſit inſtar ſententiæ iudicis *l.32 §. ſi quis.ff. eod. tit.* Non tamen id procedit in omnibus, quantumuis in plurimis, vt in citatione & libelli oblatione, in productione teſtium dandiſq; dilationibus & inferenda ipſa ſententia.

Quoad propoſitum ſanè ratio diuerſiſſima eſt ſententię iudicis & arbitri: nam famæ cauſa capitali æquiparatur *l. iuſta. de manum. vind.* vt igitur de vita & capite ſtatui nequit priuatim *l.13.ff. ad L. Aquil.* Ita nec compromiſſo, quod priuata quædam conuentio eſt, cuiuſquam exiſtimatio minui poteſt *l.37.§.Iulianus.ff.de recept.* Adde quod arbiter iuriſdictionem nullam habeat *arg.l.5.C.de iuriſd.* ad infamiam autem pœnam grauiſſimam alicui irrogandam neceſſaria ſit iuriſdictio.

RESOLVTIO THESIS QVINTÆ.

DE his itaque qui vel ipſo iure, vel ſententia iudicis infamia notantur, ordine pergit diſſerere author noſter. Et primo inter eos, quibus ipſo iure infamia irrogatur primum ac principem locum tribuit ei mulieri, quæ intra luctus tempora alii nupſerit. *Litera A.*

Vxorem, ſiue viduam defunctum ſuū maritum olim elugeri oportuit, ſic vt intra certum tempus ad ſecunda vota tranſire & alii nubere prohiberetur: hoc vero tempus luctui præfinitum, vt ex authore noſtro intelligitur, diuerſis temporib. variatum & mutatum fuit, ſic vt cum ab initio decem eſſet menſium, hodie integer ſit annus. *Quæ.27 An vidua intra annū luctus nubēs infamia notetur?*

Ratio autem huius conſtituitur in turbatione ſanguinis *l.11.§.1.ff.de his qui not.inf.* ne videlic. ſtirpes & familiæ confundantur, ſi ſtatim à morte primi mariti, ad ſecundas nuptias mulier properet: nato enim intra annum filio, incertum fieret, vtrius mariti eſſet partus, an demortui, an vero ſecundò ſuperinducti Weſenbec. in paratit. de his qui not. infam.

Quocirca cum hæc ratio deficiat in ea, quam

quam ex priore marito grauidam eſſe certo conſtat, aut quæ intra annum peperit, dubium nullum eſt, quin & prohibitio deficiat, atque intra annum quoque matrimonium viduæ his caſibus repetere concedatur.

Ob quam rationem maritus non cogitur elugere vxorem defunctam, ſed intra annum aliam ducere poteſt *l. 8 ff. de his qui not. infam.* quoniam in hoc nulla ſanguinis turbatio metuenda eſt: Antonius Faber hanc adducit rationem, quod à virilis animi dignitate & ea conſtantia ac fortitudine, quæ viros decet, alienum eſſe videatur, vt lugeant: quæ ratio in diuinatione conſiſtit; noſtra vero expreſſo textu nititur.

Similiter nec ſponſa ſponſum elugere cogitur, ſed vel ſtatim alij nubere poteſt *d. l. 9.* Non propterea quia lugendi cauſa ex dignitate matrimonij proficiſcatur. Spōſus autem maritus non ſit, niſi ſponſalia fuerint de præſenti, quam ratione tradit Anton. Faber. Sed ideo potius, quia & in ſponſa ſuperior ratio prohibitionis deficiat, cum turbatio ſanguinis nulla metui poſſit, vt cui cum ſponſo concumbere fas non fuerit. Hæc tamen, quæ dicta ſunt, rectè Autor noſter ita accipienda dicit, vt modo recenſitarum perſonarum nullus ſit luctus, quoad hoc vt matrimonium inire nequeant, quamuis honeſtum, pium, & Chriſtianum ſit in memoriam & reuerentiam defuncti, cum habitu triſtiori lugere, abſtinere à conuiuiis & ornamentis, vt nunc ferè vbiuis locorum vſu moribusque receptum eſt. Licet hic quoque luctus viduis ſit remiſſus vt in *l. Decreto Cod. hoc tit.* expreſſe Imperator teſtatur.

Illud expeditum eſt, edictum, quod viduas defunctos maritos elugere, intra annum alij nubere prohibet nuptamque infamia notat non eſſe porrigendum ad viduam intra tempus luctus ſponſalia cum alio contrahentem, vt etiam diſerte ſcribit Paulus in *l. 10. §. 1. ff. hoc tit. Quæ virum*, inquiens, *eluget, intra id tempus ſponſam fuiſſe non nocet.*

Cuius rationem hanc adducit Anton. Faber, quod par non ſit, vt mulieri, quæ maritum luget, noceat, quod eum luget, quominus alij poſt legitimum tēpus poſſit nubere: nuptiæ autē impediri poſſent, ſi ſponſalia interim contrahi prohiberentur, forte oblata conditione ſpōſaliorum cum eo tractandorum, quin alioquin ſpōſam & vxorem aliam ſibi quæſiturus eſſet: ne igitur iuſti matrimonij quandoq; contrahendi occaſio amittatur, æquiſſimum fuit permitti viduæ, etiam virum lugenti, vt ſponſa fieri poſſit.

Quæ ratio, quanquam admodum ſit ſpecioſa, nec vero aliena ad veritatē; proprius tamen accedere videtur ea, quæ in *d. l. 11.* ab ipſo ICto innuitur, quod nempe ſanguinis turbatio, quæ præcipua eſt luctus atq; prohibitionis ratio, hîc deficiat: per nuda ſiquidem ſponſalia nulla inducitur ſanguinis turbatio.

Ius Canonicum in propoſito corrigere videtur ius ciuile: Etenim Pontifex Maxim. Vrbanus Tertius ita in *cap. pen. extr. de ſecund. nupt.* ſcribit: *Super illa quæſtione, qua quæſitum eſt, an mulier poſſit ſine infamia nubere intra tempus luctus ſecundum leges definitum. Reſpondemus, quod cum Apoſtolus dicat: Mulier viro ſuo mortuo, ſoluta eſt à lege viri ſui; in domino nubat, cui voluerit: per licentiam & auctoritatem Apoſtoli eius infamia aboletur.* Et Innocentius Tertius: *Cum (ſecundum Apoſtolum) mulier mortuo viro ſuo, ab eius lege ſit ſoluta & nubendi cui vult, tantum in domino liberam habeat facultatem: non debet legalis infamiæ ſuſtinere iacturam, quæ licet poſt viri obitum intra tempus luctus (ſcilicet vnius anni ſpacium) nubat, conceſſa tamen ſibi ab Apoſtolo vtitur poteſtate, cum in his præſertim ſeculares leges nō dignētur ſacror Canones imitari.* Hinc clarè pateſcit, quod Pontifici propoſitū fuerit luctū illū, qui legibus erat viduę impoſit⁹, tollere eandemq;

ab infamiæ pœna liberare: vtitur autem pro fundamento Apoſtoli dicto, quod extat *1. ad Corinth. 7.*

Veruntamen perperam & abſque vlla ratione iuſta intra annũ viduæ matrimonium conceſſit, pœnamq; infamiæ in eas ſtatutam quæ viros ſuos non elugent, ſed intra tempus luctus alii nubunt e medio ſuſtulit.

Iuſtiſſima ſiquidem leges ciuiles, matrimonio viduæ interdicentes, ratione innituntur, quam dixi in turbatione ſanguinis conſiſtere aduerſus quam vtrumne quidquam pontificia ſanctio valeat, non immerito quis dubitaret.

Nec ſane, ſi res bene ponderetur, vlla fuit iuſta ratio Pontifici ius ciuile in propoſito mutandi: quod enim ad dictum Pauli, quod allegat, id ſane ad rem nihil omnino quicquam facit: non enim permittit Apoſtolus mortuo viro nubere QVANDO velit, ſed CVI velit, MODO IN DOMINO; nubit autem in domino ſi cum temperantia & decore nubit, non in libidinis affectione.

Hinc etiam in bene ordinatis Rebuspubl. & Eccleſiis ius canonicum in præſenti caſu non practicatur, ſed legum ciuilium diſpoſitio adhuc obſeruatur, vt ſanè iuſtiſſima ac honeſtiſſima ratione nititur.

Sanctio vero iſta canonica, ex ſententia autoris noſtri, illas pœnas tollit, quæ in odium ſecundi matrimonii à legibus conſtitutæ ſunt, cuiuſmodi eſt infamia, nõ etiam appoſitas in fauorem liberorũ ex primo matrimonio: & hanc diſtinctionem probat quoq; Gail. *2. obſ. 98. nu. 8.* Eamq; in toto mundo practicari & obſeruari ſcribit M. Ant. Perogrin. *lib. 3. de iur. fiſci. tit. 15. num. 3.*

Mihi autem rem hanc diligentius conſideráti, propoſita diſtinctio minimè vera eſſe videtur: etenim vt ex antea adductis canonibus Pontificiis liquet, ſolum infamiam nubenti intra tẽpus luctus irrogari prohibent; alias vero pœnas ſecundarum nuptiarũ minime tollunt. Et quanq̃ coniugium viduæ intra annum iure permittunt iuſtumq; matrimonium huiuſmodi pronunciant: non tamẽ propterea ſecundi matrimonii pœnas remittunt: quoniã notiſſimum certiſſimumq; eſt, quod iuſti etiam, legibuſq; minime interdicti matrimonii ſecundi, viduæ illud ineunti pœnæ iſtæ irrogari ſoleant. Quocirca licet iuſtũ & legitimum iubeant canones, illud eſſe matrimoniũ, quod intra tempora luctus vidua init, non tamen ab omni pœna legali mulierem abſolvunt: ſed ab infamia duntaxat.

Nec equidem hoc authori cæteriſque cum ipſo conſentientibus largior, q̃ pœna infamiæ in odium ſecũdi matrimonii, legibus ciuilibus irrogetur mulieri, intra annum luctus nubenti: cum potius propter ſanguinis turbationẽ, quæ huiuſmodi matrimonio inducitur, tã grauis pœna ſit in viduã caſu noſtro ſtatuta, id quod vel hinc pateſcit, q̃ alias pœna hæc infamiæ ſemper, etiam extra caſum propoſitum, ſequeretur mulierem, quę ad ſecunda vota conuolat: At hoc falſum, igitur & illud.

Sic itaq; omnino ſtatuendum cenſeo, mulierẽ, quæ intra annum luctus alii nubit, iure pontificio non quidẽ infamia notari, ſed a reliquis pœnis ſecũdi matrimonii, ſiue in odiũ illius, ſiue in fauorem liberorum conſtitutæ ſint, non liberari.

Præterea lege & ipſo iure infamis fit mulier quæ in adulterio deprehenſa eſt, etiamſi ſententia iudicis nondum fuerit adulterii condemnata, quod in Lege Iulia de adulteriis ſpeciale eſt, cum in cæteris delictis neceſſaria ſit ſententia ad irrogandam infamiam *leg. 7. de public. iudic.* Sic enim hac de re Iuriſconſultus ſcribit in *leg. 43. §. 12. Digeſt. de rit. nupt. Quæ in adulterio deprehenſa eſt, quaſi publico iudicio damnata eſt. Proinde ſi adulterii condemnata eſſe proponatur, non tantũ quia deprehenſa eſt, erit notata, ſed quia & publico iudicio damnata eſt.* **Litera C.**

Quod

Quod ſi non ſit deprehenſa, damnata autem: idcirco notetur, quia publico iudicio damnata eſt: at ſi deprehenſa quidem ſit, damnata autem non ſit, notata erit; quia verum eſt eam in adulterio deprehenſam, quia factum lex, non ſententiam notauerit.

In hac oratione Petrus Faber 1. *ſemeſtrium* 23. pro verbis iſtis, *Non tantum quia deprehenſa eſt, erit notata, ſed quia & publico iudicio damnata eſt*; ita legit; *non tantum erit notata, quæ publico iudicio damnata eſt, ſed & quæ deprehenſa*, adeoque ordo verborum videtur Fabro à Triboniano inuerſus, idque hac de cauſa, quia de damnata publico iudicio nulla potuerit eſſe dubitatio, ſed de deprehenſa in adulterio, ſiquidem non hanc, ſed illam verbis SCti comprehendi conſtat *d.l.43.§.Senatus.*

Cæterum rectè ab Autore noſtro hæc verborum tranſpoſitio reprehenditur, propterea, quod Vlpianus ſuperioribus verbis non hoc voluit ſignificare, quod iudicio publico damnata potius quam deprehenſa notetur, ſed quod deprehenſa ſimul & condemnata duplici de cauſa infamia notetur, & quia deprehenſa fuerit, & quia publico iudicio damnata.

Alia ratio, quoad propoſitum, eſt VIRI; hunc quippe deprehenſum in adulterio non notari à lege placet, ſed ſententia demum iudicis adulterii ipſum condemnantis. Ita enim Vlpianus, *Miles, qui lege Iulia de adulteriis fuerit damnatus ita infamis eſt, vt etiam ipſa ſententia eum ſacramento ignominiæ cauſa ſoluat l.2 §. 3. ff. de his qui not. infam.*

Quæ autem diuerſitatis & differentiæ huius ratio ſit, quod in fœmina ſufficiat factum ad irrogandam infamiam, in maſculo autem infamando factum ſolum non ſufficiat, non immerito quæritur?

Et ratio iſta adferri poteſt, quod maior caſtitas in fœmina, quam in maſculo deſideretur, multoque fędius & ſceleratius ſit adulterium vxoris, quam viri. Marquard. Freherus *in tractat de infamia c.16.n. 1. & 6.* maxime cum in adulterio fœminę partus alienus ſupponatur: in adulterio vero mariti non item.

Notatur inſuper qui bina ſponſalia cōtraxerit *l.2.C.de incestu nupt* vbi *Neminem*, inquiunt Impp. *qui ſub ditione ſit Romani nominis, binas vxores habere poſſe, vulgo patet, cum etiam in edicto prætoris, huiuſmodi viri infamia notati ſint.* Et *in l.18. C. ad L. Iul. de adult.* Eum, qui duas ſimul habuerit vxores, ſine dubitatione comitatur infamia. *Lit. D.*

Vnde pateſcit, quod polygamia iure noſtro ciuili omnino improbetur; imo pœnis grauiſſimis coerceatur.

Quod, quia dubio non caret, ideo vt eo melius pateſcat, paucis oſtendemus, quatenus olim in veteri teſtamento polygamia fuerit probata & quatenus hodie ſub nouo Teſtamento approbetur. *Qu. 18. An polygamia hodie ſub nouo Teſtam. licita ſit & concessa?*

Polygamiam olim non modo apud Ethnicos; ſed apud Chriſtianos etiam fuiſſe vſitatiſſimam nemo eſt, qui non ex ſacris ſimul & prophanis ſcriptoribus didicerit: verum vtrumne ea etiamnum hodie tolerari in Republ. Chriſtiana queat? Quæſtio eſt dubia & intricatiſſima.

Sunt equidem, qui Affirmatiuam tueantur, hiſce adducti argumentis.

1. Primo enim ſatis abundeque ex veteris Teſtamenti hiſtoria conſtat Sanctos patres & Patriarchas olim plures ſimul habuiſſe vxores, nec hoc nomine vſpiam à Deo reprehenſos fuiſſe.

2. Quinimo lege diuina expreſſe cautum & ſancitum erat, vt ſi habitauerint duo fratres ſimul & alter illorum fuerit mortuus, tunc vxor defuncti alii non nuberet, ſed eam in vxorem duceret frater ſuperſtes quo ſemen ſuſcitaret fratri ſuo defuncto *Deuterom. 25. verſ. 5.* Neque vero, quod probe animaduertendū, diſtinguit hæc lex, vtrum ſuperſtes frater vxorem habeat, an vero non.

3. Adhęc quod Polygamia olim licita fuerit, nec Deo diſplicuerit, perſpicue probari videtur exinde, quod 2. *Sam.* 12.

inter alia beneficia, quę Deus in Dauidem contulerit, etiam hoc referatur nominatim & expreſſe, quod vxores Domini ipſius, Saulis dederit ipſi in ſinum eius.

4. Accedit, quod *Deut. 21 verſ. 15.* cautum legamus, vt ſi cui duæ fuerint vxores, vna quidem dilecta, altera exoſa, & ex exoſa natus fuerit primogenitus, non poſſit pater filium dilectæ primogenitum filio exoſæ anteponere: atqui fieri poteſt, vt illa exoſa, quæ prior liberos peperit, poſterior tamen viro ſuo nupſerit: ex quo ſequitur, vtriusque matrimonii liberos pariter eſſe legitimos, ac proinde poſterius matrimonium non minus probari, quam prius.

5. Præterea cum in nouo Teſtamento Epiſcopis ſpecialiter, atque nominatim interdicatur polygamia *1. ad Timoth. 3.* ſequi omnino videtur reliquis, laicis ſcilicet, polygamiam eſſe permiſſam, *argum. l. 12. ff. de iudic.* vbi Paulus: *cum prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id committere videtur.*

6. Suadet præterea polygamiam vtilitas quoque ſumma, quæ exinde redundat in rempublicam: intereſt quippe plurimum reipubl. eam ciuibus repleri *l. 1. ff. ſolut. matrim.* Atqui polygamia pertinet ad multiplicandum, conſeruandum & propagandum genus humanum: proinde vel ob hanc rationem recipienda & toleranda eſſet in republ. bene conſtituta.

7. Quin etiam ſi polygamia adhuc hodie permitteretur, non tam crebra forent diuortia, quæ præcaueri non minus honeſtum quam vtile eſt reipubl. Verum his argumentis pro polygamia hactenus adductis, nil quicquam obſtantibus, contrariam opinionem & meliorem & veriorem iudico.

Quicquid enim repugnat primæ coniugii inſtitutioni, id tollerari nec poteſt, nec debet in republ. Chriſtiana: atqui polygamia repugnat primæ inſtitutioni matrimonii, igitur in republ. Chriſtiana non debet tollerari. Maior vera eſt, & extra omnem dubitationis aleam conſtituta: aſſumptio hoc modo declaratur. Matrimonii, vt & primæ eius inſtitutionis lex hæc fuit, vt coniugium eſſet coniunctio vnius cum vna; non vnius cum multis. Idq; patet, cum ex modo loquendi in ſingulari numero, quo vtitur ſcriptura in recitanda prima illa coniugii inſtitutione: *maſculum & fœminam fecit eos*, & *adhærebit vxori ſuæ*: & *erunt duo in carne vna.* Tum etiam ex Chriſti explicatione inſtitutionis illius coniugii, quæ habetur *Matth. 19. itaque,* inquit, Saluator, *nunc non ſunt duo; ſed vna caro*, quæ verba clare ſignificant: Matrimonii, primitus inſtituti, hunc eſſe effectum, vt qui matrimonio coniunguntur, fiant vna caro: at ſi vnus multis iungitur, non erit vna caro; ſed multæ, nec tam fiet vnio, quam diuiſio per huiuſmodi coniugium.

Reſpondet equidem huic argumento Bernhardus Ochinus; illorum verborum, *Adhærebit vxori ſuæ, & erunt duo in carne vna,* hunc eſſe ſenſum, quod vir debeat diligere vnamquamque vxorem ſuam, ac ſi eadem eſſet cum ipſa caro, atque idem corpus; plane ſicut cum dicitur, diliges proximum tuum ſicut te ipſum, non vetatur, quis plures diligere proximos. Et cum dicitur *Matth. 18.* ſi duo conſenſerint ſuper terram, &c non negatur, plures, quã duos cõſentire poſſe. Et ſicut cum *Actor. 4.* ſcribitur. Multitudinis credentium cor vnũ & animam vnam fuiſſe, ſignificetur aperte, quod aliquis cum pluribus vnum eſſe poſſit; ita etiam cum dicitur, Adhærebit vxori ſuæ: & erunt duo in carne vna, non prohiberi, ait Ochinus, quo minus aliquis cum pluribus vna caro eſſe poſſit.

Cæterum reſponſio hæc Ochini argumentum noſtrum minime euertit: certum ſiquidem eſt iſta ſententia & *adhærebit vxori ſuæ*: & *erunt duo in carne vna*, ſignificari peculiarem quandam coniunctionem,

Digitized by Google

nem, quæ multo ſit arctior, quam vllum, vel ſanguinis, vel vulgaris amicitiæ ac ſocietatis vinculum, vt quæ hanc vim habeat, vt teſte Apoſtolo *1. ad Cor. 7. v. 14.* maritus non habeat poteſtatem corporis ſui, nec vxor habeat poteſtatem ſui corporis, verum vnus coniugum ſeipſum in alterum transferat, & alter cum altero totus cohęreat. At hoc fieri non poſſet, ſi pars vna mariti cum vna vxore altera pars cum altera vxore cohæreret. Quia duæ vxores non poſſent in ſolidum vnius mariti corpus poſſidere. Deinde, licet coniunctio animorum, de qua loquuntur exempla ab Ochino adducta, poſſit vnius eſſe cum pluribus: corporum tamen coniunctio, quæ inter coniuges intercedit, non poteſt eſſe plurium. *d. capit. 7. verſic. 3. prior ad Corinth.*

Nec etiam argumentum, à primæua coniugii inſtitutione deductum, infringit, quod aiunt, ſi legitima cuiusque rei ratio ex prima penderet inſtitutione, vtendum foret, in veſtitu tunicis duntaxat pelliceis: cœna Domini eſſet celebranda in paſchæ feſto, veſperæ in cœnaculo, inter duodecim tantum homines: at hoc abſurdum: igitur nec in matrimonio circumſtantiæ omnes inſtitutionis ita præciſe obſeruari debent.

Reſpond. Etenim exempla iſta plane ſunt impertinentia: quod enim ad prius, eo non ſpeciem, ſed genus veſtimenti Deus indicare voluit: in poſteriori vero accidentalia ſumuntur pro eſſentialibus. Iam vero licet ad accidentalia primæ cuiuſque rei inſtitutionis pręciſe alligati nō ſimus; eſſentialia tamen exactiſſime obſeruari debent: eſſentiale porro eſſe coniugii, vt inter duos ſaltem conſiſtat, ex prædictis patet, & infra pluribus demonſtrabitur.

2. Confirmat quoq; non parum ſententiam noſtram, quod prima iſta coniugii inſtitutio ſic à Christo declaretur, vt is, qui dimiſſa vxore, aliam duxerit, mœchetur *Matth. 5. & 19. Marc. 10. Luc. 16.* iam itaque ſi is mœchatur, qui dimiſſa vxore ſua aliam duxerit, quanto magis mœchabitur ille, qui pluribus ſimul vxoribus ſe coniungit?

3. Inſuper Apoſtolus Paulus vbicunque de matrimonio loquitur, ſemper de vxore in ſingulari numero loquitur, vt in *priori ad Corinth. 7. Vnuſquiſq;*, ait, *ſuam vxorem habeat*; item *alligatus es vxori, noli quærere ſolutionem*: item *qui matrimonio iuncti ſunt, præcipio non ego, ſed Dominus vxorem à viro non diſcedere, quod ſi vero diſceſſerit, manere innuptam, aut viro reconciliari*; item *mulier alligata eſt legi, quanto tempore vir eius viuit, quod ſi dormierit vir eius liberata eſt à lege*, &c. Et *in Epiſt. ad Roman. c. 7.* Apoſtolus polygamiam diſerte prohibens, *viuente*, inquit, *viro vocabitur adultera, ſi fuerit cum alio viro.*

Et quanquam hæc dicta, ex parte duntaxat fœminæ, polygamiam prohibere videantur, quam omni iure ſemper prohibitam fuiſſe, facile omnes largiuntur, idem tamen ex parte quoque viri locum habere exinde conſtat, quod maritus & vxor, quoad fidem, debitum ac vinculum coniugale, pari vtantur iure, prout idem ipſe Apoſtolus Paulus *in d. cap. 7. 1. ad Cor.* clare ſignificat, vbi ait: *vxori vir reddat debitum coniugale, & Vxor viro: mulier ſui corporis poteſtatem non habet, ſed vir: ſimiliter autem, & vir ſui corporis poteſtatem non habet, ſed mulier.* Quibus verbis Apoſtolus haud obſcure innuit, per contractum matrimonii Chriſtiani, ita coniungi virum vxori, vt ſe totum illi tradat, ſicut ſe totam viro mulier tradit; cui conſequens eſt, vt ſicut non poteſt mulier iure ſe tradere alteri, ita nec poſſit vir ſe tradere alteri fœminæ.

4. Ex eodem *c. 7. prior. ad Cor.* ita contra polygamiam recte infertur: quicquid deſtruit coniugii formam, id nequaquam eſt licitum, polygamia deſtruit formam coniugii. Ergo non eſt licita, nec inter Chriſtianos tolleranda.

Aſſum-

Aſſumptio ex eo probatur, quod vbi vxor non amplius habet proprium virum; ſed communem cum aliis, & vbi viri corpus non eſt amplius in poteſtate vxoris, ibi deſtruitur forma coniugii, vt quæ in eo conſiſtat, vt quisque habeat vxorem ſuam & quæque proprium virum, vxor proprium corpus non habeat in poteſtate, ſed vir; ac ſimiliter & vir proprium corpus non habeat in poteſtate ſed vxor. *d.c.7. ad Corinth 1.* Iam vero in polygamia hoc accidit, vt vxor non amplius proprium habeat virum, nec corpus viri amplius in poteſtate ſit vxoris.

5. Accedunt his denique conſtitutiones ac leges Imperatorum, quibus non modo polygamia ſeuere prohibetur, ſed in polygamos etiã ſeueriſſime animaduerti iubetur. Sic n. Dioclet. & Max. *in l.2. C. de inceſt. nupt. Neminẽ, qui ſub ditione ſit Romani nominis, binas vxores habere poſſe, vulgo patet: cum etiam in edicto prætoris huiuſmodi viri infamia notati ſint, quam rem competens iudex inultam eſſe non patietur.* Et Theo. Arcad. & Hon. *in d.l.7. C. de Iudæis. Nemo Iudæorum morem ſuum in coniunctionibus retineat, nec iuxta legem ſuam nuptias ſortiatur, nec in diuerſa ſub vno tempore coniugia conueniat.* Aſſentiuntur his Valerianus quoque & Gallienus *in l.18. C. ad L. Iul. de adult. Eum qui duas ſimul habuit vxores, ſine dubitatione comitatur infamia: in ea namque re, non iuris effectus, quo ciues noſtri matrimonia contrahere plura prohibentur ſed animi deſtinatio cogitatur.* & certi iuris eſt infamia laborare eum, *qui duas ſimul atque eodem tempore habuerint coniuges l.1. in fine. l.13. § 1 ff. de his qui not. infam.* Poſtremo quoque nouella Caroli V. *conſtit. in art. 121. ordin. crimin.* ſub pœna diſerte polygamia prohibetur. Nec audiendus hic eſt Ochinus, qui reſpondet, Imperatores atque Prætores non ſimpliciter improbare polygamiam, cum permittunt plures ſimul habere concubinas; ſiquidem contrarium euincit *l. vnic. C. de concubinis* in qua cautum eſt, ne quis, conſtante matrimonio, penes ſe concubinam habeat. Quapropter ex his clariſſime relucere, exiſtimo, polygamiam non amplius hodie ſub N.T. in Chriſtiana repub. tollerari oportere.

Nec refragantur argumenta illa, quæ pro polygamia ſupra adducta fuerunt.

Ad primum enim reſpondendum, in veteri quidem teſtamento polygamiam in vſu fuiſſe ex diuina diſpenſatione, verũ in nouo teſtamẽto, reuocata à Chriſto in vſum primæ inſtitutionis cõiugii lege, abolitam fuiſſe polygamiam *Matth. 19,* vti in proxima quæſtione plurib. demonſtrabitur. Ad ſecundum quoq; tertium & quartum idem plane reſpondendum exiſtimo, quamuis aliter Beza & qui ipſum ſequuntur, argumenta hæc diſſoluant.

Ad quintum reſpondetur conſequentiam negando: cum enim *in eod. c.3.* præcipiat Apoſtolus, vt Epiſcopus ſit irreprehẽſibilis, ſobrius, prudens, pudicus, modeſtus &c. Si Ochini illatio eſſet legitima, ſequeretur inde, cœteros, qui non ſunt Epiſcopi, ſed laici, debere eſſe reprehẽſibiles, intemperantes & ebrioſos, imprudentes, impudicos & immodeſtos. Quapropter haſce virtutes in epiſcopo nominatim ideo deſiderat, quia ipſius eſt officii, vt ad eas excitet & adhortetur illos, qui curæ ipſius ſunt concrediti, adeoq; illis iiſdem virtutibus vitæque ſanctimonia præluceat.

Nec ſane hæc de vna epiſcopi vxore cõmonefactio, tempore Apoſtolorum fuit ſuperuacua, ſed admodum neceſſaria: cũ enim, vt oſtendimus, polygamia voce & ſentẽtia Saluatoris abrogata eſſet, & indies fere, etiam polygami ex gentiliſmo & Iudaiſmo ad fidem Chriſtianam conuerterentur, qui ſine maximis difficultatibus coniuges ſuas repudiare non poterant; idcirco ne illi ad eccleſiaſticum admitterentur munus cum offenſione & ſcandalo infirmorum, præcepit Apoſtolus, vt Epiſcopus eſſet vnius vxoris maritus.

Ad ſextum reſpond. Genus humanum amplificandum & multiplicandum, ſed modis legitimis, honeſtis, iure diuino & humano conceſſis: alioquin ſcortationes & adulteria forent permittenda, quia & hæc amplificationi Reipubl. inſeruirent. Intereſt quidem Reip. ciuibus augeri; ſed ciuibus, non ex quocunque coitu & coniunctione, ſed legitimæ natis. Accedit quod non ſint facienda aut permittenda mala, vt inde eueniant bona.

Ad vltimũ reſp. Si admitteretur polygamia longe crebriora & frequẽtoria forẽt diuortia, eo quod diuidat polygamia mutum coniugum amorem, aut certe eum imminuat.

Qu. 29. *An olim in V. Teſtam. polygamia fuerit licita?*

Circa hanc quæſtionẽ mire digladiãtur Theologi non minus atq; politici, dum quidam polygamiã in V. Teſtamẽto ſanctis patribus cõceſſam à Deo adeoq; tolleratã & probatam fuiſſe contendũt. Alij vero tolleratã ſolum non etiã licitũ fuiſſe aut permiſſam ſub V. Teſtamẽto aſſerũt? in qua cõcertatione ego, ſaluo aliorũ iudicio, priorem opinionẽ veriorẽ iudico.

Quod enim Deo non diſplicuerit S. patrum polygamia, primo hac ratione euincitur: quod plane credibile nõ ſit, ſanctos patres, donis propheticis illuſtres, contra expreſſam cõiugij inſtitutionem primam eiuſdemq; legem, à Deo ſancitã, non ſolum peccaſſe, ſed in eodẽ etiã peccato ad extremum vitæ finem contumaciter perſeueraſſe. Et, vt de cæteris nunc taceam, credibile non eſt Abrahamum, virum ſanctiſſimum; imo parentẽ ipſius ſanctitatis, in ſacra ſcriptura à propheris ipſoq; Chriſto ſemper cum honore nominatum & à iuſticia atq; ſanctitate cõmendatum vel ignoraſſe polygamiã eſſe peccatum & repugnare primæ coniugij inſtitutioni legiq; diuinæ, vel ſcienter & ex propoſito malitioſe ac mortaliter peccaſſe. Quare vel hinc concludendum videtur polygamiam olim in V. Teſtamento non fuiſſe illicitã, nec Deo diſplicuiſſe.

2. Accedit huic quod ob polygamiam nullibi à Deo reprehenſi legantur patriarchæ: atqui ſi polygamia in V. Teſtamẽto peccatum fuiſſet, ac primæ coniugij inſtitutioni repugnaſſet, Deoque diſplicuiſſet, procul dubio à Deo reprehenſa fuiſſet, vt qui alia populi ſui peccata tam grauiter redarguere fuerit ſolitus.

Nec diſſoluit hoc argumentum, quod regerit Beza: etiãſi patres expreſſis verbis non fuerint à Deo de polygamia reprehenſi, variis tamen & acribus pœnis ſatis aperte demonſtratum eſſe, quantopere illa Deo improbaretur. Quo referri debeant illa inter Saram & Agarim contentio, Iſmaelis exhereditatio, Lię & Rachelis rixæ & æmulationes, idemq; Annæ & Phenennæ, idemque ex tragicis etiam multis familiæ Dauidis ſceleribus & multorum regum Iuda triſtiſſimis exemplis liqueat.

Reſp. Hæc ſiquidem vniuerſa mala nõ ſunt polygamiæ propria, ſed ei cum coniugio & monogamia communia: odia quippe rixæ & conuitia oriuntur etiam inter pios coniuges. Quare mala iſthæc non ipſi polygamiæ, ſed malitiæ potius, incontinentiæ & improbitati hominum adſcribi & imputari debent.

3. Confirmat inſuper hanc ſententiã non parum, quod Deus ipſe per Prophetam Nathã, ſe dediſſe Dauidi vxores Saulis in ſinum eius profiteatur *2. Sam. 12.* Cui certe conſequens eſt Deo polygamiam nõ diſplicuiſſe. Reſpondẽt vulgo diſſentientes, locutionem hanc *in ſinum* hic nõ denotare coniugium, ſed poteſtatem tãtum & imperium declarare: ac ſi diceret Dominus: tradidi omnes domini tui facultates, ne exceptis quidem eius vxoribus, vt eas in manu & poteſtate haberes, ac ſi tuæ vxores eſſent. Huius autem interpretationis ſequentia proferre ſolent argumenta. 1. Quod nuſpiam in ſacris vel prophanis hiſtoriis legatur, Dauidem ſibi accepiſſe vxores ex iis, quæ Saulis fu-

Bbbb erunt.

erunt. 2. Quia alias Dauid ducendo vxoris ſuæ Michol nouercas commiſiſſet inceſtum; quandoquidem conſanguinei vxoris eodem gradu iungitur viro, quo ipſi vxori.

Reſpond. Sed hæc reſponſio argumẽtum noſtrum minime infringit. 1. Quia verba iſta *in ſinum* in ſacra ſcriptura non dominium, ſed coniugium ſignificãt; ſic enim cum *Gen.16* Sara dicitur, dediſſe Abrahamo Agram ancillam ſuam in ſinũ eius, non hoc dici intelligitur, ꝙ dederit Sara ancillam ſuam Abrahamo in dominium, ſed in coniugium, ſicut etiam vxor Abrahami appellatur. 2. Quia phraſis hæc *in ſinum dare* nuſquam in ſacris ſignificat in dominium dare. Quanquam autem in ſacris non legatur Dauidem accepiſſe ſeu habuiſſe vxores ſui anteceſſoris in coniugio; ſufficit tamẽ quod ipſe Deus per prophetam Nathanum expreſſe teſtetur, ſe dediſſe vxores Domini ipſius in ſinum eius. Deinde quod aiunt Dauidẽ accipiendo in coniugium vxores Saulis, commiſiſſe cum illis, vtpote nouercis ſuis, inceſtum, id nequaquam concedẽdum exiſtimo; nec enim verum eſt, quod illi, tanquam verum & indubitatum, præſupponunt, vxores Saulis fuiſſe Dauidis nouercas: nec enim cognatione vlla aut affinitate ei fuerunt coniuncti: de cognatione conſtat; de affinitate idem liquido exinde probari videtur, quod affinitas non conſiſtat inter affines mariti & vxorem, nec inter vxoris affines & maritum; ſed inter cognatos vxoris & maritum, & inter mariti cognatos & vxorem, *leg. 4. §. 3. ff. de grad. & adfinib.* quare nouercæ Michol cum fuerit eius duntaxat affines, Dauidi neque cognatione vlla, neque affinitate fuerunt coniuncti: & conſequenter nullum cum ipſis inceſtum committere potuit. Quod ſi nouerca vxoris, marito affinis eſt, tum in ſecundo duntaxat affinitatis genere ei coniungitur: at ſecundum affinitatis genus hodie prohibitum non eſt, nec in contrahendis nuptiis attenditur *cap. non debet. extra, de conſanguinitate & affinitate*: Beuſt. *de matrim. cap. 53.* Adde quod cum illis demum committatur inceſtus, cum quibus iuregentium & diuino matrimoniũ interdicitur: atqui inter eas perſonas, cum quibus matrimonium iniri prohibetur *Leuit. 18. & 21.* non reperitur nouerca vxoris, ergo hinc ſequitur cum ea inceſtum non committi. Denique poſito, quod iuregentium & diuino prohibitum ſit nouercam vxoris ducere, cum eaque non ſine crimine inceſtus ſeſe cõiungere ac commiſcere liceat; quia tamẽ ex verbis prophetæ liquido conſtat, Deo autore, in coniuges accepiſſe Dauidem nouercas vxoris, idcirco dicendum, voluiſſe Deum circa legem naturę, cum nouerca vxoris coniugium prohibentem, diſpenſare.

Comprobat hanc eandem ſententiã noſtram lex diuina *Deut. 25. v. 5.* pręſcripta, *vt quando habitauerint fratres ſimul, & vnus ex illis abſque liberis, fuerit mortuus, tunc vxor defuncti non nubat alij; ſed accipiat eam frater eius, vt ſuſcitet ſemen fratri ſuo*, quæ lex generalis eſt, nil quicquã diſtinguens, vtrum frater ſuperſtes vxorem habuerit, an non.

Reſpondent diſſentiẽtes legem iſtam *Deuteronomij 25.* de vidua fratris defuncti ducenda, accipiendum de fratre adhuc cœlibe. 1. Quia probabile non ſit, vt frater ſuperſtes, ſuum ipſius ſemen negligens, fratri prædefuncto ſemen ſuſcitet. 2. Quia etiam illa lex diſerte de fratribus ſimul habitantibus loquitur; adeoque ad fratres, familias ſeorſim diſtinctas habẽtes, extendi non debeat. Veruntamen pro nobis facit textus generalitas, quæ ex adductis rationibus non reſtringitur: non enim propterea ſuum negligere ſemen iuberetur, etiamſi fratris viduam ducere cogeretur, cum hæc fuerit populorum orientalium cõditio, vt vnus pluribus

ribus ſufficere potuerit, ſicut id tam ſacrę quam profanæ hiſtoriæ abunde teſtãtur.

Stabilitur deniq́, ſententia noſtra alia lege diuina, qua *Deut. 21. v. 15.* præcipitur, *Si quis habeat duas vxores, alteram dilectam, alteram exoſam, ne præferat filium dilectæ filio exoſæ in primogenitura.* Hinc itaque recte colligitur, quod qui concedit & ordinat conſequens, nempe ius inter filios polygamorum, idem quoque ordinet & concedat antecedens, nempe ipſam polygamiam. Conantur quidem diſſentientes hoc fundamentũ ita ſubuertere quod exoſa potuerit fortaſſis eſſe repudiata, adeoque polygamia hoc caſu non fuerit. Reſp. Sed hæc eſt mera diuinatio & coniectura nulla vel probabili ſaltem ratione ſubnixa: quinimo cum lex illa generaliter loquatur, conſequens eſt, vt etiã generaliter & abſq; diſtinctiõe intelligatur.

Huic ſententiæ obiicitur. 1. Prima cõiugij inſtitutio, quę hęc fuit, vt duo eſsẽt in carne vna; cui polygamiam è diametro repugnare ipſe Chriſtus docet *Matth. 19.* Reſpondetur concedendum quidem, ꝙ polygamia, in V. Teſtam. vſitata, primæue coniugij inſtitutioni fuerit contraria; verum circa illam Deus diſpenſauit iuſtis de cauſis: potuiſſe Deum circa hanc cõiugij legem diſpenſare, dubiũ plane nullum eſt: eius ſiquidem eſt relaxare legem & circa illam diſpenſare, cuius fuit cõdere legem *l. fin. C. de ll.* Quod autem Deus diſpenſarit etiam, & legẽ de monogamia, primitus à ſe latam, relaxarit ſub V. Teſt. id pleriq; negãt, idcirco quia diſpenſationis nullum prorſus in ſacra ſcriptura extet teſtimonium: ſine ſcriptura autẽ quæ aſſeruntur eadem facilitate reiiciuntur: Reſp. Sed tamen diſpẽſationem S. patribus eſſe factam hinc dilucide probatur. 1. Quod cum ſancti patres & patriarchæ in Vet. Teſtam. vtpote dominis propheticis illuſtres & cum Deo facie ad faciem loquentes, ignorare non potuerint diuinam illam primæue coniugij inſtitutionis legem; *Erunt duo in carne vna.* Nec veriſimile ſit illos ſcienter & malitioſe contra iſtam diuinam legem peccare, atque in peccato ad finem vſque vitæ ſuæ pertinaciter perſeuerare voluiſſe, ideo hinc probabile admodum euadit, prædictos illos S. patres ex diſpẽſatione diuina, ſibi à Deo, quo cum ſæpè colloquebãtur, reuelata, in polygamia vixiſſe. 2. Quia de Nathane propheta teſtatur hiſtoria ſacra, quod in nomine Domini dixerit Dauid: *Dedi tibi domum Domini tui in ſinum tuum 2. Samuel. 12.* vbi hæc verba *in ſinum tuum*, vt diximus, non ſignificant dominium illud Dauidis, quod ad vniuerſos patebat ſubditos, ſed ſunt paraphraſtica notatio coniugij vt *Gen. 16* Ex quo vel ſolo luce meridiana clarius relucefcit; Deũ polygamiæ eſſe auctorem. 3. Quia & hoc teſtatur Diuus Auguſtinus *lib. 16. de ciuitat. Dei, cap. 38.* Eo tempore multiplicandæ poſteritatis cauſa multas vxores habere lex nulla prohibeat. Et *lib. 3. de doctrina Chriſtiana:* Sufficiendę prolis cauſa erat vxorum plurium ſimul vni viro habendarum inculpabilis conſuetudo. Ratio autem huius diſpenſationis diuinę hæc proculdubio fuit, quam & Auguſtinus in locis, modo citatis, allegat ꝙ polygamia inprimis ſubſeruierit cõplemẽto diuinę promiſſionis, de multiplicãda poſteritate Abrahami inſtar arenæ maris & ſtellarum Cæli. Quæ cauſa cum poſt aduentum Chriſti ceſſarit, ideo Chriſtus omnes & ſingulos ad originalem Dei ordinationem reducit, clare pronuncians, eos enormiter peccare, & adulterij crimine ſe obſtringere, qui vel extra caſum ſtupri diuortium ineunt, vel contra volũtatem Dei inſtituentis ſunt polygami.

Non obſtat noſtræ ſentẽtiæ, ꝙ Chriſt⁹ *Matth. 19.* primam cõiugij legem repetẽs, ac polygamiã in vſum reuocãs, ſatis oſtẽdat in Vet. quoq; Teſtam. dãnatã & reprehenſibilẽ fuiſſe polygamiã, dũ ait, ꝓpter duritiẽ cordis polygamiã Iudęis permiſsã fuiſſe.

 Reſp.

Reſp. Si enim recte locus iſte conſideretur, noſtram confirmat ſententiam, expreſſe ſiquidem teſtatur polygamiam nõ ſaltem ex conniuentia indulgentia quadã in patrib⁹ & patriarchis toleratã, ſed illis PERMISSAM fuiſſe. Quæcunq; tãdem permiſſionis fuerit cauſa nihil refert, modo de ipſa permiſſione conſtet. Præterea non de polygamia, ſed de diuortio, ſeu libello repudij Chriſtus aſſerit, ꝙ propter duritiẽ cordis Iudęorũ fuerit permiſſus.

Non obſtat deniq; ꝙ Deus ad prophetã Malachiam Iſraelitas propter polygamiã grauiter reprehenderit *Malachiæ* 2. Reſp. Quandoquidẽ illic nõ ipſam polygamiã, ſed eius duntaxat abuſum, & quidem nõ in omnib⁹, nec in quibuſuis, ſed in ſacerdotib. ſaltẽ populi Iſraelitici improbauit.

Qu. 30. *An qui duas ſimul habuerit vxores, cõmittat adulterium, an vero ſtuprum?*

Inſuper qui non ſolum bina ſponſalia contraxerit, ſed matrimonium quoque cum duabus ſimul habuerit, vtrum præter pœnam infamiæ afficiendus ſit pœna ſtupri, an vero adulterij? Quæſtio in eo conſiſtit, vtrum hic, qui duas ſimul vxores habeat, ſtuprum duntaxat an etiam adulterium committat?

Et iure quidem noſtro ciuili ſimplex duntaxat ſtuprum & non etiam adulteriũ committi verius videtur. Siquidem coniugatus cum ſoluta rem habens non cõmittit, ſecundum leges noſtras, adulterium, ſed ſtuprum duntaxat.

1. Quæ ſententia probatur primo *leg. 1. C. ad leg. Iul. de adul.* vbi Seuerus & Antoninus Imperatores mulieri aduerſus maritum, cum alia rem habentem, denegant accuſationem adulterij, quamuis permittant ei de ſuo matrimonio violato queri.

Et quanquam Menochius ad hanc legem reſpõdeat, eam hoc ſolum probare, quod mulier non poſſit accuſare virum ſuum de adulterio, non vero demonſtrare, quod vir non committat cum ſoluta adulterium. Id tamen fundamentum hoc noſtrum minime euertit, quoniam ratio dari non poteſt, cui non poſſit mulier adulterij accuſare virum, ſi adulter eſt.

2. Quo inprimis facere videtur *leg. 6. §. 1. ff. ad l. Iul. de adult.* vbi Papinian. *Lex*, inquit, *ſtuprum & adulterium promiſcue & καταχρηςικώτερον appellat, ſed proprie adulterium in nupta committitur propter partum ex altero conceptum compoſito nomine: ſtuprum vero in virginem viduamue committitur, quod Græci φθορὰν appellant.* Ecce hic ICtus diſerte profitetur adulterium in nuptam committi, ſtuprum vero in ſolutam, quocirca ſi maritus ſeu coniugatus ſe cum ſoluta commiſceat, non adulterium, ſed ſtuprum committitur.

3. Idemque perſpicuis verbis confirmat etiam Modeſtinus: dum ait, *Adulterium in nupta admittitur, ſtuprum in vidua vel virgine, vel puero committitur leg. 34. ff. eod. tit.*

4. Idque repetit & denuo inculcat Modeſtinus in *l. 101. de Verb. Significat. Inter ſtuprum*, inquiens, *& adulterium hoc intereſſe quidam putant; quod adulterium in nuptam, ſtuprum in viduam committitur, ſed lex Iulia de adulterijs hoc verbo indifferenter vtitur.* Quocirca qui cum ſoluta rem habet, quamuis ipſe ſit coniugatus, non tenetur pœna ordinaria legis Iuliæ de adulterio, ſed pœna ſolum ſtupri afficitur, quæ eſt publicationis partis bonorum & relegationis, ſi mulier ſit perſona honeſta: ſin autem vilis & inhoneſta ſit, ne hac quidem, ſed leuiore animaduerſione coercendus erit maritus, vt ſi ſint ancillæ meretrices, corruptæ, infames &c. Weſenbecius *tit. ad l. Iul. de adult. num. 8.* Scio equidem à diſſentientibus ad hoſce textus reſponderi, quod ſint intelligendi de ſoluto, qui ſolutam cognoſcit.

Verum ad rem nihil hæc reſponſio facit, quoniam non ſolum hiſce in legibus aſſeritur indiſtincte, quod in ſolutam ſtu-

Digitized by Google

ſtuprum committatur, nec diſtinguitur vtrum ſolutam cognoſcens, ſolutus fuerit, an coniugatus, ſed etiam ſimul definitur adulterium in nuptam committi: quæ definitio falſa eſt, ſi in ſolutam quoque adulterium committitur. Cur autem vxor, rem cum ſoluto habens, adulterium committat, & L. Iuliæ de adulterijs pœna coërceatur, maritus vero cum ſoluta ſeſe commiſcens non item, ratio hæc eſt, quæ etiam in *d.l.6.* §.1. innuitur, quod nomen ipſum ſatis indicet, quæſtionem adulterij ad eam iniuriam pertinere, qua alterius familiæ ſtirpes adulterinæ inſeruntur. Et ſane conſtat hac de cauſa adulteris pœnam præcipue præſtitutam, ne videlicet per hæc confunderentur familiæ, redderetur que incerta conſtuprati lecti ſoboles, ac innocentes mariti ſæpe inimiciſſimorum filios pro ſuis alere atque agnoſcere cogerentur. Quæ ratio cum ceſſet in maritis cum ſolutis rem habentibus, mirum non eſt, ſi nec in ijs adulterium, quoad pœnam legis attinet, cōmittatur: non enim agentis perſonam, ſed patientis ſemenq; adulterinum concipientis ac confundentis intuemur: pulchre Weſenb: *d. loco.*

Non equidem me latet Iacobum Menochium *cent.5.quaeſt.420.num.103. arbitr. iudic. quaeſt.* ſerio contendere, coniugatum, ſiue maritum, cum ſoluta ſeſe commiſcentem, adulterium proprie de iure ciuili committere.

1. Quia Theophilus in *Inſtitut. tit. de nupt.* §. *diximus iam.* id diſerte exprimere videtur, dum ita ſcribit: *porro capitalis in eos conſtituta pœna eſt, qui bonas nuptias contrahunt.* Et quamuis pœna capitalis de pœna citra mortem naturalem interdum intelligatur *l. ſi neceſſe.* §. *deportatus. ff. de bonis libert.* Hic tamen pœnam mortis intelligendam, ait Menochius, quia pœna adulterii iure nouiſſimo ſit pœna mortis.

2. Quia id probat quoque *l. 18. C. ad L. Iul. de adult.* vbi ita Impp. reſcribunt. *Veruntamen ei, qui te ficto cœlibatu, cum aliam matremfam. in prouincia reliquiſſet ſolicitauit ad nuptias etiam crimen ſtupri à quo tu remota es, quod vxorem te eſſe credebas ab accuſatore legitimo ſolenniter inferatur.*

Hic Menochius particulam ETIAM implicare ait alium caſum cum primo, ac ſi dixiſſet: non ſolum ille adulterium commiſit, ſed & ſtuprum.

3. Si pari coniugij vinculo coniungitur maritus vxori, quo vxor marito, ita vt vxor ſui corporis poteſtatem non habeat, ſed maritus, ita nec maritus ſui corporis poteſtatem haberet, ſed vxor, ſequitur infallibiliter, quod non ſolum vxor, cum ſoluta rem habens, adulterium committat, ſed & maritus cum ſoluta ſe coniungens, adulterij reus fiat: atqui verum eſt, prius ex teſtimonio D. Apoſtoli Pauli in Epiſtola *1. ad Corinth. 7.* ſequitur itaque poſterius.

4. Adulterium eſt alieni thori violatio: atqui maritus rem cum ſoluta habens, violat thorum alienum, videlicet vxoris ſuæ, quæ thorum cum ipſo marito habet communem *dict. capit. 7. ad Corinth.* proinde maritus etiam, rem cum ſoluta habens, committit adulterium.

His argumentis probari videtur, quod cum ſoluta quoque adulterium proprie committatur. Verum his argumentis nihil motus, intrepide ſtatuendum exiſtimo, maritum rem cum ſoluta habentem, adulterium proprie ſecundum leges ciuiles, non committere, ſed ſtuprum duntaxat, prout aliquot textibus iuris ciuilis admodum perſpicuis ſolidiſſime probatum fuit.

Nec refragantur argumenta modo in contrarium adducta: ad primum enim,

ex Theophilo deſumptum, reſponſio non eſt difficilis: conſtat quippe Inſtitutiones Theophili nullam penitus mereri authoritatem, vt quas, corpori iuris non inſertas, vel legi, vel recitari ſub grauiſſima pœna Iuſtinianus prohibuerit, in *l.2.C.de vet. iur. enucl.* maxime vero tunc nullam merentur authoritatem, quando textus iuris noſtri in contrarium expreſſe militant.

Ad *l.18.C.ad L.Iul.de adult.* reſpondeo, ibi dictione ETIAM noluiſſe ICtum implicare pœnam adulterij, ſed pœnam infamiæ, perinde ac ſi dixiſſet: eum, qui duas vxores duxit, atque adeo coniugatus ad ſolutam acceſſit, non tantum infamiæ pœnam incurrere, ſed & ſtuprum committere. Quæ interpretatio in principio huius l. 18. aperte fundatur, vbi proponitur eum, qui duas vxores eodem tempore habuerit, dubio procul infamię macula notari, ſtatimque ſubijcitur, eundem etiam pœnam ſtupri admittere.

Ad tertium reſpondeo conſequentiam eius negando: quanquam enim pari vinculo coniuges ſibi inuicem iungantur, nec magis maritus corporis ſui poteſtatem habeat, quam vxor: ex eo tamen inferre non licet, quod maritus, ad ſolutam accedens, propterea adulterium committat, quantumuis thorum ſuum commaculet, fidemque coniugalem frangat. Accedit quod, quoad propoſitum, diuerſiſſima ratio ſit vxoris & mariti, vt ex prædictis patet. Denique quin iure diuino, (cui humanum merito cedit) maritus cum ſoluta ſe commiſcens pro adultero habeatur, negari non poteſt: hoc ſiquidem Chriſtus diſerte exprimit *Marc.10. ver. 11.* vbi ait: *Quicunque dimiſerit vxorem ſuam & aliam duxerit, adulterium committit ſuper eam.* Quod ſi itaque is, qui dimiſſa vxore ſua, aliam ducit, adulterium committit multò magis adulterium is intelligitur, committere, qui vxorem retinet eique aliam ſuperinducit.

Et ſane ſi non quæratur, quid de iure ciuili noſtro in propoſita quæſtione obtineat? Vti quæſtio ab Authore noſtro concepta eſt, ſed quid verum quidque omnino obſeruandum & ſtatuendum ſit, facile & vltro aſſentior Menochio, nec rationem iuris ciuilis ad propoſitam quæſtionem quadrare exiſtimo: quod enim grauius peccat vxor rem cum alio habens, quam maritus cum ſoluta ſe coniungens, vt quorum illa alienam ſobolem marito ſupponat: hic vero vxori non item, hoc gradus ſaltem adulterij oſtendit, genera autem delictorum diuerſa minime arguit.

Ad poſtremum alij reſpondent thorũ eſſe mariti & non vxoris; ideo maritum, quando ſolutam cognoſcit, non violare thorum alienum, ſed proprium, ac conſequenter adulterium non committere.

Alij vero probabilius reſpondent negando violationem thori quamcumque iure ciuili eſſe adulterium, eam præſertim quæ fit à marito, cum ſoluta ſe commiſcente per textus ſupra adductos: neque enim vllus textus produci poteſt, quo iſthæc confirmetur adulterij definitio; ſane qui committit adulterium, is alienum violat thorum: at non vice verſa, qui violat alienum thorum, is adulterium committere dicitur; vel quod eodem recidit; adulterium eſt violatio alieni thori, at non contra violatio quæuis thori eſt adulterium.

Ex his proinde liquere puto quod iure ciuili pro adulterio non habeatur, quando maritus cum ſoluta ſeſe commiſcet: quamuis ſecus iure diuino conſtitutum ſit, quod etiam, vt dixi, merito, ſe poſita iuris ſententia, in Republ. Chriſtiana ſequimur.

Atque à iure ciuili receſſum quoque fuit nouiſſima Imperij conſtitutione Caroli Quinti, quæ extat *art.121.* cuius hæc ſunt

ſunt verba: *Wann ein Ehemann ein ander Weib oder ein Eheweib einen andern Mann, inn geſtaldt der heyligen Ehe, bey Leben deß erſten Ehegeſellen nimbt, welche vbelthat dann auch ein Ehebruch vnd gröſſer dann daſſelbe laſter iſt, vnd wiewol die Keyſerliche Recht, auff ſolche vbelthat keine Straff am Leben ſetzen: So wollen Wier daß, welcher ſolches Laſter betrüglicher Weis, mit wiſſen vnd willen vornimbt, vnnd vollbringt, daß die nicht weniger, dann die Ehebrüchigen, Peinlich Geſtrafft werden ſollen.*

Idemque in terris Saxonicis diſerte ſanciuit Elector Auguſtus *part. 4. cap. 20.* his verbis, *Nach dem in der peinlichen Reichs Halßgerichts Ordtnung die Straff deß Schwerts auff den oder die, ſo bey Leben deß Ehegattens, wiſſentlich daß derſelbige noch am Leben, ein andern Zur Ehe nimbt, verordtnet, vnd dann vnſere Schöppenſtühle bißhero auff ſolche* conſtitution *geſprochen, So laſſen Wier es auch bey ſolcher Straff bleiben, Ordnen vnd ſetZen, daß dieſelbige wider die Verbrecher, in dem Laſter der zwieſachen Ehe, vnnachleßlich in vnſern Landen* exequiret *vnnd vollnſtrecket werden ſoll.*

Wier wollen auch obberührte Straff deß Schwerts dahin gemeint vnd erſtreckt haben, daß ſie wider die, welche bey Leben jhres Ehegattens mit andern offentlich Ehegelübdt gehalten, vnd ſich darauff fleiſchlich erkandt, fürgenommen vverden ſoll, vngeachtet, ob gleich kein Kirchgang gehalten, noch die Zuſamen gebung durch den Priſter geſchehen vvehre.

Da aber das beyſchlaffen in dieſem Fall nicht erfolgt, ſoll das theil, vvelches an ſeinem lebendigen Ehegemahl vergeßlich gehandelt, vor Ehrloß gehalten, vnd darüber mit Gefengnus, oder Zeitlicher verweiſung, nach gelegenheit geſtrafft, vnd der vnſchuldige theil, ſo ſich mit einem andern Ehegatten verlobt, vnter dieſe Straff nicht gezogen, oder damit belegt vverden. Wann aber daſſelbige theil wiſſenſchafft gehabt, daß der verbrechende in der Ehe, bey zeit deß vorlebens, gevveſen, ſo ſoll es auch Willkührlich, mit Gefängnus, vnd dergleichen geſtrafft werden.

Inſuper ipſo iure, ſine iudicis ſententia, notantur, qui in ſcenam artis ludicræ pronunciandiue cauſa prodierit *l. 1. §. 2. ff. de his qui not. infam.* quod Vlpianus, edicti Prætorij interpres optimus, explicans, *Scena*, inquit, *eſt vt Labeo definit, quæ ludorum faciendorum cauſa quolibet loco, vbi quis conſiſtat, moueaturque ſpectaculum ſui præbiturus, poſita ſit in publico, priuatoue, vel in vico: quo tamen loco paßim homines ſpectaculi cauſa admittantur, eos enim qui quæſtus cauſa in certamina deſcendunt, & omnes propter præmium in ſcenam prodeuntes, famoſos eſſe, Pegaſus & Nerua filius reſponderunt.* Lit. E.

Tametſi enim, qui in ſcenam prodeunt, virtutem ſuam ingeniumque oſtendãt; quia tamen eius oſtendẽdi cauſa hoc faciunt, ſed propter præmium & mercedem ac quæſtus gratia, idcirco fiunt infames.

Proinde ſi qui ſint, qui in publicum prodeant ibique ſpectaculum præbeant, ſi non quæſtus ſed virtutis cauſa id faciant, infamia non notantur, ſed laudem potius & immunitatem pro virtutis ſuæ iuſto præmio reportant. Id quod de Athletis ſcribit Vlpianus in *l. 4. ff. de his qui not. infam. Athletas*, inquiens *Sabinus & Caßius reſponderunt, omnino artem ludicram non facere: virtutis enim cauſa hoc facere:* & de Athletarum præmijs Dioclet. & Maximin. in *l. vnic. C. de Athlet.* ita reſcribunt: *Athletis ita demum ſi per omnem ætatem certaſſe, coronis quoque non minus tribus certaminis ſacri (in quibus vel ſemel Romæ ſeu antiquæ Græciæ) merito*

merito coronati, non æmulis corruptis atq; redemptis probetur, ciuilium munerum tribui ſolet vacatio.

Cæterum ſi quis operas ſuas locarit vt prodiret in publicum artis ludicræ cauſa, neque prodijt, non notatur, quia non eſt ea res adeo turpis vt etiam conſilium puniri debeat *l. qui operas 3. ff. eod. titul.*

Nec obſtat, quod is, qui operas ſuas locauit, vt cum beſtijs decertaret, notetur infamia *l. 1. §. remouet, ff. de poſtulando.*

Nam pro mercede cum beſtijs decertare viliſſimum, quid aut turpiſſimum eſt, & propterea, vt quis ex hac cauſa notetur infamia, ſufficit quod ad hoc operas ſuas locarit Anton. Fab. in *rat. ad d. l. Athletas.*

Qu. 31. *An notetur minor quæſtus cauſa artes ludicras exercens?* Si quis minor viginti quinque annis quæſtus cauſa ludicris artes oſtenderit, placet Imperatoribus, eos famam ſartam tectam atque inuiolatam retinere: Impp. Dioclet. & Maxim. *Si fratres tui minores duntaxat ætate in ludicræ artis oſtentatione ſpectaculum ſui populo præbuerunt, inviolatam exiſtimationem ſuam obtinent. l. penult. C. ex quib. cauſis.*

Et ratio huius eſt iſta, quod lex præſumat, minorem ludicram artem exercuiſſe ex quadam ſimplicitate potius & iudicij imbecillitate, quam ex malitia.

Et quanquam Antonius Faber contra omnium Interpp. receptiſſimam ſententiam ſtatuat, nec minores ab infamię pœna, hoc caſu, eſſe immunes, ſi ludicras artes quæſtus gratia exercuerint, atque pro *duntaxat ætate* legat *ætate duntaxat*, cui verborum tranſpoſitione facta, ſicut iſta *l. pen.* de minore non quæſtus cauſa artes ludicras, ſed virtutis atque ingenij oſtendendi gratia exercente exaudiri debeat: quia tamen tranſpoſitio repugnat lectioni *d. l. pen.* receptiſſimæ ac conſtantiſſimæ, & præterea Imperatores in minorenni ætate fundamentum reſcripti ſui ponunt: & denique de minoribus non quæſtus cauſa ludicras artes exercentibus, dubium nullum eſſe potuerit, quin nulla ſit notatus infamia cum id de maiore quoque apertiſſime fuerit cautum in *l. 4. ff. de his qui not. infamia.* Idcirco ſententia hæc Authoris ſuſtineri non poteſt.

Non obſtat quod in delictis minori ætate non ſuccurratur *l. 37. ff. de minorib. tot. tit. C. ſi aduerſ. delictum.*

Reſpon. Hoc enim de reſtitutione in integrum, minorenni ætati conceſſa accipiendum eſt: hac minori, qui deliquit, non ſolet ſuccurri, vt aduerſus delictum reſtituatur: in propoſito autem non ſuccurritur minori per in integrum reſtitutionem aduerſus delictum, ſed à lege ſeruatur illęſus vt deliquiſſe ab initio non videatur.

Notatur & à lege & ipſo iure infamia, qui lenocinium fecerit *l. 4. §. 2. ff. hoc tit. Ait prætor, qui lenocinium fecerit infamis erit.* Lenocinium *facit qui quæſtuaria mancipia habuerit; ſed & qui in liberis hunc quæſtum exercet, in eadem cauſa eſt: ſiue autem principaliter hoc negotium gerat, ſiue alterius negociationis acceſſione vtatur: vtputa ſi caupo fuerit vel ſtabularius; & mancipia talia habuerit miniſtrantia, & occaſione miniſterij quæſtum facientia; ſiue balneator fuerit, velut in quibuſdam prouincijs fit, in balneis ad cuſtodienda veſtimenta conducta habent mancipia, hoc genus obſeruantiæ in officina, lenocinij pœna tenebitur.* Lit. F.

Et in *l. 43. §. 6. ff. de rit. nupt.* Vlpianus ſcribit: *Lenocinium facere non minus eſt, quam corpore quæſtum facere: Lenas autem eas dicimus, quæ mulieres quæſtuarias proſtituunt: Lenam accipiemus eam, quæ alterius nomine hoc vitæ genus exercet. Si qua cauponam exercens in ea corpora quæſtuaria habeat (vt multi ſolent ſub prætextu inſtrumenti cauponij, proſtitutas mulieres habere) dicendum hanc quoq; lenæ appellatione contineri.*

Lex

Digitized by Google

Lex porro infamia notat tutorem aut curatorem, qui ſibi aut filio ſuo eam ducit, quæ ſub tutela vel cura ipſius eſt vel fuit: expreſſum hoc eſt in *l.7.C.de interdict.matrim.* his verbis: *Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam ſuam ſibi, vel filio ſuo, nullo diuino impetrato beneficio in matrimonio collocarit, manet infamia contra eum, veluti confeſſum de tutela: quia huiuſmodi coniunctione fraudem adminiſtrationis tegere laborauit, & dos data per condictionem repeti poteſt.*

Etenim ſciendum eſt matrimonium olim interdictum fuiſſe, curatori tutori eorumque filijs cum pupilla vel adulta, quam in tutela vel cura habuerint. Idque ideo, ne puellæ in re familiari circumſcribantur ab his, qui rationes eis geſtæ tutelæ reddere compelluntur *l.64.ff.de rit.nupt.* plerumque enim tutores vel curatores huiuſmodi nuptias appetunt, vt puella ducta in familiam ſuam, fraudem adminiſtrationis ſuæ tegant, vt rationes interuertant vel cohibeant prorſus illas, dum tardant à marito vel ſocero rationes exigere.

Quod ſi igitur contra hanc prohibitionem tutor pupillam, aut curator adultam ſuam ſibi, vel filio ſuo, coniunxerit, non modo irritum eſt & ipſo iure nullum matrimonium *d.l.64.* ſed præterea etiam tutor eiuſue filius, qui huiuſmodi inijt matrimonium perpetua infamia notatur, & hoc ad verbum exprimit Ictus Paulus in *l.66.ff.de rit. nupt. Non eſt matrimonium, ſi tutor vel curator pupillam ſuam intra viceſimum & ſextum annum, non deſponſam à patre, nec teſtamento deſtinatam, ducat vxorem, vel eam filio ſuo iũgat, quo facto vterque infamatur & pro dignitate pupillæ extra ordinem coërcetur: nec intereſt, filius ſui iuris, an in patris poteſtate ſit.*

Fallit autem hoc, ſi rationes reddiderit tutor ac curator, & annus vtilis 26. intra quem reſtitutio competit minori, elapſus fuerit: tunc enim quia ſuperior ratio prohibitionis ceſſat, ceſſabit etiam ipſa prohibitio. Quod haut obſcure ſignificatur in *l. 66. de rit. nupt. in verb. intra viceſimum & ſextum annum.*

Notatur lege infamia, qui ob delictum non-capitale, dato precio, tranſigit *l.5. & 6.ff.de his qui not. infam.* ſed de hoc prolixe & quantum ſatis eſt, ſupra fuit dictum in *diſputat. præced. 7. theſi 5.* Lit.H.

Denique infamia notantur ipſo iure ac ſola lege, qui improbum fœnus exercuerint: ita noſter poſt Authores à ſe allegatos: fundamenti loco ſubſternit reſcriptum Dioclet.& Maximin.in *l.20. C.de vſur. vbi improbum fœnus exercentibus & vſuras vſurarum illicite exigentibus infamiæ macula irroganda eſt.* Qu. 32. *An fœneratores ipſo iure fiant infames, an vero ſententia iudicis?*

Sed longe rectius mihi ſentire alij videntur, qui ſtatuunt, vſurarios non ipſo iure fieri infames, ſed ad hoc ſententiam iudicis deſiderari.

Hoc quippe euincit reſcriptum Dioclet. & Maximin. *d.l.20.* ibi enim non aiunt *irrogatam* eſſe infamiam fœneratoribus, ſed eſſe *irrogandam*: irrogandam ſcilicet ſententia iudicis: & quanquam Donellus hoc verbum *irroganda* ſic accipi debere ſcribat *irroganda iure, meritoque ab Imperatoribus, hæc ſcilicet ſcribentibus:* non tamen vlla apparet ratio hæc verba legis iſto modo interpretandi. Quin potius euidentiſſimis rationibus refellitur. 1. Quia quotieſcunque leges noſtræ de infamia, quæ ipſo iure ac ſola lege irrogari ſolet, loquuntur, non in futuro, ſed aut in præſenti aut præterito loquuntur, vt oſtendit edictum prætoris *de his qui not. inf.* & leges ſingulæ atque vniuerſæ interpretandi edicti illius cauſa ſubiectæ, quibus hi, qui lege & ipſo iure infames fiunt, non dicuntur notandi, ſed notari aut notati infamia: nec vſpiam illis infamia dicitur *irroganda*, ſed ſemper aut irrogata, aut irrogari.

 gari.

gari. 2. Quia regulariter non ſolet princeps irrogare infamiam, ſed aut lex, aut ſententia aut pactio, vt ſupra fuit oſtenſum: proinde in *d. l. 20.* verbum *irroganda* de eo, quod regulariter & ordinarie fit, accipiendum, atq; ita intelligendum eſt, quod infamia fœneratori irroganda ſit non à principe, ſed iudicis ſententia. Et vt vocula iſta *irroganda* ad principem referretur, prout illam Donellus ad principem refert: innueret tamen, quod non ipſo iure, ſed demum ſententia principis infamia fœneratori irrogaretur: proinde *d.l.*20. euidenter probat, quod fœnerator improbus non fiat ipſo iure infamis, ſed ſententia demum iudicis damnatus infamis reddatur.

Non obſtat primo quod *d.l.* 20. velit infamiam irrogari, non iudicatis & condemnatis eo nomine, ſed fœnus exercentibus.

Reſpond. Nam addit lex irrogandam eſſe infamiam fœnus exercentibus, quod verbum *irroganda*, cum, vt proxime oſtenſum eſt, non poſſit, niſi ad iudicis ſententiam referri, nec aliter intelligi queat, quam fœnus exercentibus irrogandam eſſe infamiam, ſatis pateſcit inde, quod lex velit exercentes fœnus notari, ſed damnatos eo nomine: & ſane diuerſiſſima hæc ſunt, exercentes fœnus notatos eſſe vel notari infamia, & fœneratores eſſe notandos infamia; prius illud accipi poteſt de fœneratoribus etiam non damnatis ob improbum fœnus exactum: at poſterius non niſi damnatis.

Non obſtat præterea, quod nulla actio eſſe poſſit de improbo fœnore aduerſus fœneratorem, ex qua ille eo nomine damnetur, quæ quidem infamiam in ſe admittat: nam aduerſus eum, qui contra leges fœnus à nobis accepit, aut accepit vſuras vſurarum, nulla nobis competit actio, niſi ad repetendum id, quod illicite exactum eſt: atqui ob hoc competit cōdictio ſolum indebiti, vel ob turpem cauſam, vel ſine cauſa. Quæcunque autem ex his futura ſit, certum ſit in ea ceſſare infamiam, etiamſi condictio ex famoſa cauſa pendeat *l. ceſſat. ff. de oblig. & act.*

Nam etſi hæc ſit regula iure recepta & approbata, quod condictio, ex cauſa famoſa pendens, non infamet; excipitur tamen cauſa improbi fœneris in *d. l. 20. C. de his qui not. infam.* ſic, vt condictio ob turpē cauſam vel condictio ſine cauſa, ex cauſa iſta dependens, ſit famoſa & condemnatos exinde ſequatur infamia.

Illud porro quæritur, vtrū qui improbi fœneratores, præter infamiæ pœnam puniendi quoq; ſint criminaliter? *Qu. 33. An fœneratores alia inſup pœna quā infamia puniantur?*

Et quod non ſint criminaliter puniendi, ſed pœna infamiæ ad eos coercendos ſufficiat, dicendum videtur.

1. Quodcunque fit iure permittente, id pœnam nullam meretur per textum in *l. Grachus. C. ad L. Iul. de adult.* atqui vſuræ & fœnus iure ciuili permittuntur, vt hac de re expreſſa eſt conſtitutio Iuſtiniani in *l. eos C. de vſur.* proinde pœnam non merentur vſurarij & fœneratores.

2. Ad hæc, regula iuris eſt certiſſima; quod pœna nemini ſit imponenda, niſi expreſſo iure id reperiatur cautum *l. at ſi quis. §. Diuus. ff de relig. & ſump. fun. §. cum igitur. Authent. de non eligendo ſecund. nub.* & late Menochius *de arbitr. iud. quæſtionibus lib. 2. c. 226.*

3. Inſuper eſt & alia iuris regula, quod ſcienti & volenti non fiat fraus nec dolus inferatur, aut vlla fiat iniuria *l. nemo videtur fraudare. de reg. iur. c. ſcienti. de reg. iur.* atqui ſciens grauiores vſuras; proinde creditor maiores vſuras accipiens, quā lex permittit, dolum non facit & conſequenter in Stellionatum non incidit *l. 3. ſtellionatus.*

4. Denique regula iuris eſt, quod ceſſet actio de dolo, nec dolus criminaliter puniatur, quando commiſſus purgari poteſt, contra aliquem actione ex contractu.

ctu, in quo dolus interuenit *l. eleganter. pr. ff. de dolo:* atqui vſuræ, ſupra legitimum modum ſolutæ, quaſi ſors indebita repetuntur *l. ſi non ſortem. pr. ff. de condict. indeb.* adeoque condictione indebiti, ex quaſi contractu deſcendente, dolus purgatur. Igitur improbus fœnerator, etiam dolum committens, criminaliter puniri non poteſt.

Sed quod improbus fœnerator vltra modum, à lege præfinitũ, vſuras exigens, aut vſuras vſurarum accipiens non ſola infamiæ pœna afficiatur, ſed criminaliter inſuper puniatur, ſequentibus argumentis probari videtur.

1. Quod improbi fœneratores exigentes, quod eis non debetur, doloſe agant, atq; ita ſtellionatus crimen incidant *l. 3. ff. ſtellionatus*, vbi dicitur, quod ſtellionatus objiciatur his, qui dolo quid fecerunt, ſi aliud crimen non ſit, quod objiciatur. Atqui ſtellionatus pœna eſt arbitraria *l. 2. & 3. ſtellionatus*, qualem pœnam ad vltimum ſupplicium vſque exaſperari poſſe alibi docuimus. Proinde improbi fœneratores etiam criminaliter ac corporaliter puniri poſſunt.

2. Quia improbus fœnerator aduerſus legum præcepta facit, dum grauiores vſuras exigit, quam lex permittit, & propterea inobedientiæ pœnam incurrit & iudicis arbitrio punitur: hæc enim inobedientiæ & contemptus principalium mandatorum pœna eſt, vt tradit Menoc. *lib. 2. caſu 365. arbitr. iud. quæſt.*

3. Quia pro quolibet delicto priuato, ratione intereſſe publici, ad pœnam extraordinariam proceditur *l. vlt. ff. de extraord. crimin. l. licitatio. § quod illicite. ff. de publicanis.* Ne alias delicta impunita maneãt.

Atque hanc ſententiam probant & ſequuntur Iacob. Butrig. in *l. Improbum C. ex quib. cauſis infamia*, Couarruu. *2. variar. reſolut. 3. num. 2.* Menoch. *arbitr. iud. quæſt. cent. 4. caſu 398.* Borcholt. *de vſur. cap. 5. num. 9. & ſeqq.*

Ad prioris vero opinionis fundamenta iſta reſpondent: Ad primum vſuras atque fœnus in iure noſtro non ſimpliciter permitti, ſed intra modum lege & Conſtitutione Iuſtiniani definitum: at ſupra modum iſtum præſcriptum adeo non permitti, vt etiam grauiſſima infamiæ pœna vindicentur in *dict. l. 20. C. de his, qui not. infam.*

Ad ſecundum reſpondetur, quod etſi lex nullam pœnam ordinariam improbis fœneratoribus decreuerit, iudex tamen extraordinem improbum fœneratorem ob rationes modo allatas, punire poſſit.

Ad tertium reſpondent, dolum vtique ſubeſſe manifeſtiſſimum cum improbum exercetur fœnus contra manifeſtam legis prohibitionem: qui, etſi in debitorem fortaſſis non committatur, committi tamen in legem cuius vindex magiſtratus eſſe debet.

Ad quartum & vltimũ reſpondet Borcholt, regulam iſtam, quod condictiones non infament, locum habere; quando dolus ſtat in finibus contrahendi, & materia non eſt apta ad crimen inducendum: in propoſito autem caſu talis materia eſt, quæ crimen producere poſſit, cum contra legum præcepta faciat creditor, qui grauiores vſuras accipit, vel exigit Meno. *arbit. iud. quæſt. caſu 398.*

Equidem, vt quæ de præſenti quæſtione mea ſit ſententia, paucis aperiam, etſi diffiteri non poſſim, quod argumenta pro priori ſententia producta, ad eã ſtabiliendam infirmiora ſint, eam tamen omnino retinendam & priori præferendam omnino arbitror.

Idque propterea quod pœna, fœneratoribus improbis irroganda, à lege ſit expreſſe definita & determinata, infamiam ſiquidem lex irrogari iubet illis, qui improbum fœnus exercuerint *l. 20. Cod. de his, qui not. infam.* at quotiens pœna alicuius delicti à lege nominatim

atque expreſſe determinata eſt, toties iudicis arbitrio determinanda non cenſetur eſſe relicta *arg.l.1.ff.de iure delib.*& cum ordinaria pœna infligitur, extraordinariæ locus eſſe non poteſt.

Vt taceam quod regulariter non ſoleat quis duplici ob idem delictum affici pœna *l.ſanctio 41.ff. de pœnis.*

Nec huic ſententiæ quicquam detrahunt rationes poſterioris opinionis: ad primam quippe reſpondendum cenſeo, exactionem improbi fœnoris in ſtellionatum idcirco non incidere, quia ſit certum & peculiare delictum fœnus ſiue fœneratio *arg.d.l.3.§.1.*

Ad ſecundum reſpondetur contemptum & violationem legum extraordinaria pœna coërceri & vindicari, cum nulla pœna certa & ordinaria eſt à lege conſtituta & ſancita: atqui hoc caſu noſtro pœna improbi fœnoris eſt certa & definita à lege *dict.l. 20.C. de his qui not.infam.*

Ad tertium reſpondetur illud tunc locum habere, quando alias delictum maneret impunitum ſi extraordinaria pœna non irrogaretur: atqui hoc in propoſito ceſſat, ſiquidem pœna infamiæ, quæ vtique grauiſſima eſt, fœnus improbum punitur.

Poſtremò infamiam lex irrogat ei, qui maior 25. annis à iurata tranſactione, quam ſponte & à nomine coactus iniit, temere recedit.

Cautum hoc eſt in *l.41.C. de tranſact.* in qua Arcadius & Honorius præfect. Prætorio Rufino in hæc verba reſcribunt: *Si quis maior annis viginti quinque aduerſus pacta vel tranſactiones, nullo cogente imperio, ſed libero arbitrio & voluntate confectas, putauerit eſſe veniendum, vel interpellandi iudicem vel ſupplicando principibus, vel non implendo promiſſa; eas autem inuocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore ſolidauerit; non ſolum notetur infamia, verum etiam actione priuatus reſtituta pœna, quæ pactis probatur inſerta & rerum proprietate careat & emolumento quod ex pactione vel tranſactione illa fuerit conſecutus.*

In hoc reſcripto quatuor conſtituuntur incommoda eius, qui à iurata recedit tranſactione. Iubet enim conſtitutio eum, qui contra tranſactionem venerit infamia notari: actionem amittere, quam de re litigioſa habuit; pœnam, ſi contra faceret, promiſſam pendere. Et deniq; commodum, ſi quod cœpit ex ea tranſactione reſtituere. Quocirca hunc qui à iurata tranſactione reſilierit, infamia notatum eſſe volunt Impp.

Sed vtrum ipſo iure an vero ſententia demum iudicis infamis fiat? dubio non caret. Etenim Hugo Donellus in explicat.*d.l.41.* ſtatuit, ipſo iure etiam nondum condemnatum infamia notari, qui tranſactionem iuratam violauerit. Idque hac ratione obtinere conatur, quod vbicunque nullum eſt iudicium, nulla eſt actio, ibi quoque nulla poſſit eſſe condemnatio, nulla ſententia: Conſtitutio vero *d.l.41.* deneget actionem, prohibeatque vllum eſſe iudicium; idcirco etiam prohibere intelligatur ſententiam ferri in eum, qui à iurata diſceſſerit tranſactione: ac conſequenter nolit ipſum ſententia iudicis & condemnatione fieri infamem. Qu. 34. *An à iurata tranſactione recedēs ipſo iure, an vero ſentētia iudicis fiat infamis?*

Quam ſententiam multi prƒterea amplectuntur Dd. eamque ſequitur etiam Autor noſter in theſi.

Ego vero, quod bona illorum venia dixerim, ſententiam hanc nec probare, nec laudare poſſum, tum quia Impp. in *d.l.41.* vtuntur verbo non præſentis, ſed futuri temporis: *notetur*, inquiunt, *infamia*, non NOTATVR: tum etiam quia cum ne ob publica, quantumuis atrociſſima delicta, reus ipſo iure infamia notetur, ſed condemnatione demum ſecuta *l.1.ff.de his qui not.infamia*, veriſimile non eſt Imperatores in *dict. l.41.*

Digitized by Google

l. 41. illum, qui à trāſactione iurata diſceſſerit, ipſo iure infamia notari voluiſſe.

Non refragatur ratio Donelli: non enim ſequitur, actio denegatur ei, qui à iurata diſceſſerit tranſactione, ergo iudicium aduerſus eum prohibetur, nec in ipſum ſententia ferri poteſt: quanquam enim ipſe qui iuratum violauit trāſactionem, actione priuetur: aduerſario tamen eius actio aduerſus ipſum non denegatur: ponimus enim actorem à iurata tranſactione receſſiſſe: reo vtique aduerſus ipſum, tum præſcriptis verbis actio dabitur, tum etiam datorum repetitio: cum enim hæ actiones ex non iurata tranſactione competant *l. 6. l. 33. C. de trāſact.* ratio profecto nulla eſt, cur ex iurata trāſactione eędem actiones denegari debeant. Quod ſi vero reus violauerit iuratam tranſactionem, actori itidem tum ex tranſactionis placito dabitur præſcriptis verbis actio, tum actio prior, ſi non fuerit Aquiliana ſtipulatione ſublata. Falſum proinde eſt; quod pro vero & conceſſo Donellus aſſumit, iudicium de eo, quod contra iuratam tranſactionem alter tranſigentium venerit, inſtitui prohiberi, nec ſententiam iudicis inſequi poſſe.

Illud obſeruandum eſt, quod plane ſpeciale ſit in propoſito caſu; quod peierans notatur infamia, quoniam iure cōmuni non notatur, qui peierat: nihil ſiquidē tale in edicto de infamibus, quod extat in *leg. 1. ff. de his qui not. infam.* neque aliis in locis aduerſus periuria conſtitutum legitur. Quinimo in *l. 2. C. de reb. credit.* ſcriptum eſt, contemptam religionē iuriſiurandi, ſatis Deum vltorem habere, quo ſignificatur periurij pœnam non aliam eſſe iure ciuili, quam vltionem diuinam. Donellus & Alciatus in *d. l. 41.* cur autem hoc loco tam grauis in peierantem conſtituatur pœna, ratio eſt, quod non ſolum iuriſiurandi violetur religio, ſed etiam tranſactio, quam fauore dirimendarum litium non reuocari, ſed præ cæteris conuentionibus religioſe cuſtodiri & ſeruari leges volunt.

Controuerſum autem eſt de conſtitutione *d. l. 41.* vtrū illa ad fœminas porrigēda, an vero ad maſculos reſtringenda ſit? Qu. 35. *An diſpoſitio l. 41. C. de trāſact. locum habeat in fœmina?*

Et quod ad mulieres conſtitutio iſta *l. 41.* extendi non debeat, nec fœmina, à iurata tranſactione recedens, ſuperiora incommoda & pœnas ſuſtineat, multi è veteribus ſtatuerunt, & inter hos etiam Purpurat. & Fulgoſ. quibus & Alciatus ex parte aſſentitur dum ſtatuit, *dict. leg. 41.* quoad iuramenti obſeruationem, pertinere quidem ad mulierē, quoad odium vero irrationabile amiſſionis proprietatis & commodi, ſecus eſſe.

Rationes & fundamenta quibus hæc innititur ſententia ſunt iſta. 1. Quia verbum SI QVIS in rigore iſto iuris poſitiui non comprehendit fœminam *leg. 1. §. quoties. ff. de ventr. in poſſ. mittend.* cum & alias in odioſis, & pœnalibus ſexus maſculinus fœmineum non comprehendat: vt communis habet interpretum & Doctorum ſentētia. Proinde nec in *d. l. 41.* verbum iſtud SI QVIS vtrūque ſexum complectitur. 2. Mulier à dolo præſumpto excuſatur *leg. 1. §. vltim. ff. de edend.* atqui *dict. leg. 41.* dolum in eo, qui recedit à iurata tranſactione, præſupponit ac præſumit. Igitur diſpoſitio *dict. leg. 41.* ad mulierem non pertinet, præterea iuris ignorantia excuſat à dolo *leg. ſed ſi lege, §. ſcire autem. ff. de petit. hered. leg. ſi quis in graui §. ſi quis ignorans. ff. ad Syllan.* Mulier autē præſumitur iura ignorare *leg. Regula. 9. Digeſt. de iur. & fact. ignor.* Igitur excuſatur mulier, etiam in propoſito, à dolo ob iuris ignorantiam.

3. Denique mulier propter ſexus imbecillitatem & fragilitatem plerumque mitius punitur quam vir, *l. ſacrilegij. ff. ad l. Iul. peculatus.* Igitur etiam ex præſenti delicto mitius quam vir puniri debet.

Cæterum contrariam ſententiã, quod mulier quoque ſub diſpoſitione *dict. l. 41.* comprehẽdatur, veriorem ac tutiorem, eſſe iudico.

1. Quia Imperator in ea *lege 41.* vtitur verbo *ſi quis*: hoc autem verbum tam maſculos, quam fœminas complectitur *leg. 1. Digeſt. de Verb. Significat.* Et quanquam hoc in pœnalibus & odioſis fallere vulgo putetur, cum odia reſtringi, fauores vero ampliari conueniat: quominus tamen hoc admittatur, obſtat expreſſus textus in *leg. 7. §. 1. ff. de iuriſdiction.* Cum enim prætor cauiſſet, vt SI QVIS album prætoris dolo malo corrupiſſet, pœna 500. aureorum mulctaretur, *dict. leg. 7. princ.* Vlpianus hoc verbum SI QVIS ita interpretatur, vt vtrumque ſexum complectatur: *Serui quoque & filijfamil.* inquiens, *verbis edicti continentur. Sed vtrumque ſexum prætor complexus eſt.* Vide quæ de hac re prolixe diximus ſupra *diſputat. 2. theſ. 1. lit. C.*

2. Inſuper certi & expediti iuris eſt, quod mulier nõ excuſetur in iis, quæ repugnãt iuri naturali *l. 2. C. de in ius vocand.* at non ſeruare promiſſa ac pacta conuẽta, iuſiurandum violare repugnat iuri naturæ *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecun.* Igitur ignorantia horum mulier non excuſatur: quibus ita ponderatis non erit difficile ad argumenta & fundamenta diſſentientium reſpondere.

Nam ad primum reſpondetur, vt modo, ſexum maſculinum & verbum SI QVIS in odioſis quoque & pœnalibus fœmininũ ſexum comprehendere *d. l. 7.* cũ præſertim in plurimis iuris noſtri articulis deterior ſit conditio fœminarũ quã maſculorum *l. 9. ff. de ſtatu hominum.*

Ad ſecundum reſpondetur, ignorantiam iuris ciuilis mulierem excuſare à dolo præſumpto, *d. l. 9. de iur. & fact. ignor. d. l. 1. §. vltim. de edend.* non etiam ignorãtiam iuris naturalis (quod, dicente Apoſtolo, omnium hominum & gentium cordibus inſcriptum eſt; quodque Iuſtiniano teſte, natura omnia animalia docuit *pr. Inſtitution. de natur. gent. & ciuil.*) multo vero minus iuris diuini: hinc cum alias ruſticos iuris ignorantia excuſet à dolo: iuris tamen naturalis ignorantia eos non excuſat, vt expreſſe ſancitum eſt in *l. 2. in verb. Nec in ea re ruſticitati venia præbeatur, cum naturali ratione honor huiuſmodi perſonis præbeatur. C. de in ius vocand.* Iam vero conſtat quod pacta cuſtodire & iuramenta ſeruare ſit iuris naturalis *dict. leg. 1. de pact. dict. leg. 1. ff. de conſtitut. pecunia.* Igitur huius ignorantia non excuſat.

Ad tertium reſpondetur, in delictis, præſertim iis, quæ cum naturali ac diuino iure pugnant, fœmina æquali ac pari cenſu cum viris habetur, vt ſupra *diſp. 2. theſi 1.* oſtenſum fuit: ac proinde niſi lege aliqua mulieri expreſſe fuerit mitior pœna dictata, eadem, quæ viris, fœminis quoque irrogari debet: præſertim tunc, quãdo eadem in fœminis, quæ in maſculis obtinet ratio, vt in propoſito accidere, negari non poteſt.

Vtrum porro pœna *d. l. 41.* in herede quoque iurato tranſigentis obtineat, ſic, vt heredi, à tranſactione iurata defuncti recedenti, pœna *d. l. 41.* infligi debeat, valde controuerſum eſt: extiterunt quippe plurimi è veteribus, non contemnendæ autoritatis viri, qui ſtatuere non dubitarunt heredem quoque prædictæ legis pœna teneri, ſi à defuncti iurata tranſactione reſilierit.

Qu. 36. *An pœna d. l. 41. aduerſus heredem iurato trãſigentis locum habeat?*

1. Quia heres non modo in commoda ſuccedit defuncti, ſed in onera etiam & incommoda *l. hereditas de R. Iur. l. hereditas de Verb. Signific. l. ſi duo. ff. de acquir. hereditate.* Atqui hoc incommodum & onus non leue eſt, vt tranſactioni pareatur, aut ſi nõ pareatur, pœnę *d. l. 41.* ſatis atroces, locum habeant: ſequitur itaque in hoc onus heredem quoque ſuccedere.

2. Quo-

2. Quoties obligatio principalis tráſit ad ſucceſſorem & heredem, toties acceſſoria quoque obligatio tranſire ſolet: atqui obligatio principalis in heredem tranſit, quod expeditum eſt, & dubio caret. Igitur obligatio quoque ex iuramento deſcendens, tanquam principalis obligationis acceſſoria, in heredem tranſibit.

3. Accedit quod cum heres pro vna perſona habeatur cum defuncto *l. 59. de R. Iur.* idcirco ſicut ex iurata tranſactione violata tenebatur defunctus, ita quoque heredem & ſucceſſorem teneri æquum eſt. Hinc etiam iuſiurandum, à defuncto præſtitum, heredem ſeruari debere, aperte ſcribitur in *Nouell. 48. cap. 1.*

Ex his proinde dicendũ videtur, quod ex iurata tranſactione non minus obligetur heres atque ipſe defunctus, & ſi à tranſactione receſſerit, incidat in pœnas in *leg. 41. C. de tranſact.* definitas. Sed his argumentis & fundamentis nihil motus, intrepide adhuc ſtatuendum puto *d. l. 41.* ad heredem tranſigentis non extendendam.

Quoniam iuramentum, quoad periurij effectum, eſt perſonale, animam ipſi⁹ iurantis obligans; proinde cum heres non ſeruat iuramentum defuncti, in perjurium non incidit, nec pœnam periurij ſuſtinet. Adde, quod pœna & maleficio defuncti ad heredem nõ tranſeat *l. 38. de R. Iur.*

Ad contrariæ opinionis fundamenta, ex hac hypotheſi, quæ vtique veriſſima, non eſt difficile reſpondere.

Ad primum, cum dicitur heredem in vniuerſa defuncti onera & incommoda ſuccedere, reſpondeo verum id eſſe de oneribus & incommodis realibus, non etiam de oneribus perſonalibus: ſicut enim beneficia perſonalia ad heredes non tranſeunt, ſed cum defuncto moriuntur & extinguuntur; ita quoque onera & incommoda perſonalia: atqui pœna periurij in *dict. l. 41.* decreta illis, qui à tranſactione iurata receſſerint, eſt perſonale incommodum, vt modo oſtenſum fuit: hoc itaque incommodum ad heredem non tranſit.

Ad ſecundum reſpondeo, acceſſoriam obligationem ad heredem tranſire, cum tranſit obligatio principalis, quando ſcilicet eadem ratio eſt principalis & acceſſoriæ obligationis, non vero, quando illarum ratio eſt diuerſa, vt in propoſito: nam principalis obligatio quoad effectũ periurij eſt realis, acceſſoria vero obligatio eſt perſonalis: realia autem iura tranſire poſſunt ad heredes; perſonalia vero non item.

Ad poſtremum reſpondeo ex iuramento quidem, tanquam ex quaſi contractu & conuentione, obligari heredem, ſed non id periurij pœnam: hactenus enim, vt oſtenſum fuit, iuramentum perſonale eſt, nec perſonam obligat heredis & ſucceſſoris.

Rata proinde ſit ſententia, ſtatuentiũ pœnas *d. l. 41.* ad ſucceſſores & heredes, iuratam tranſactionem ineuntis, non pertinere.

Sequitur vt videamus vtrum diſpoſitio *dict. l. 41.* ad vniuerſitatem pertineat? Et quanquam ſint qui affirmatiuam ſequi non dubitent: mihi tamen longe verior illorum videtur ſententia, qui ſtatuunt, in vniuerſitate *d. l. 41.* diſpoſitionem deficere, ita vt ſi iuratam tranſactionem inierit, ad eam quidem ſeruãdam teneatur, non tamen contra illam veniens pęnis *d. l. 41.* definitis, teneatur. Qu. 37. *An diſpoſitio d. l. 41. ad vniuerſitatem ptineat?*

1. Quia hæc *lex 41.* locum habet in maiore dũtaxat: *Si quis maior annis viginti quinque*, aiunt Imperatores, in minore autem viginti quinque annis non obtinet, vt mox dicetur: atqui vniuerſitas comparatur minori *l. 4. C. Ex quibus cauſ. maior. l. 22. ff. eod. l. 3. C. de iure Republic. l. 9. ff. de appell.* Reſpublica proinde & vniuerſitas

tas

tas non ſuſtinet pœnas. *dict. l. 41.* etiamſi à iurata tranſactione reſilierit.

2. Quia cum vniuerſitas aliquod fictum corpus ſit, iuris intellectu repræſentatum; idcirco alligari periurio non poteſt Alciat. *ad d. l. 41. n. 17.*

3. Periuriũ propter quod omnes pœnæ *d. l. 41.* infligũtur ligat ipſam animam: vniuerſitas autem, quatenus vniuerſitas, non habet animam; vnde nec excommunicari poteſt *cap. Romana de ſententia excõmunicationis lib. 6.*

4. Poſtremo ita infert Fachineus: aut tranſactio facta eſt per procuratorem vniuerſitatis; aut per ipſoſmet homines vniuerſitatis: vtroque autem caſu facta cenſetur trãſactio iurata nomine tam minorum, quam maiorum. Cum vniuerſitas conſtet non ſolum maioribus, ſed etiam minoribus: atqui minores non comprehendit conſtitutio iſta *dict. leg. 41.* Ergo non vniuerſitatem, quia vt dictum eſt, vniuerſitas conſtat tam maioribus quam minoribus.

Ex his proinde concludendum, quod vniuerſitas ex iurata tranſactione violata non teneatur ad eas pœnas, quæ in *d. l. 41.* definiuntur, quod tamen Alciatus fallere exiſtimat in collegio maiorum 25. annorum, veluti collegio Doctorum, qui omnes iurarint atque vniuerſi contrauenerint.

Non obſtat autem argumẽtum, quod contra ſententiam noſtram opponi ſolet, quod nempe illis verbis, *ſi quis,* quibus *dict. l. 41.* vtitur, vniuerſitas quoque contineatur *leg. Nihil. ff. ad Macedon. iunct. leg. 1. ff. eod. & l. Item prætor iunct. leg. Ergo ſciendum ff. ex quibus cauſ. maior.* quoniam vniuerſitas perſonę vicem ſuſtinet *l. Mortuo. ff. de fideiuſſorib.*

Reſp. Nam generalitas verborum extenſionem recipit ad habile & idoneum ſubiectum: cum talia ſint prædicata qualia permittitur eſſe à ſuis ſubiectis: vnde vulgatum eſt tritum illud, oratio generalis pro ratione ſubiectæ materiæ accipi, explicari & reſtringi, vel extendi ſolet. Cum igitur in propoſito caſu vniuerſitatis ratio & conditio non admittat extenſionem *dict. leg. 41.* Proinde diſpoſitio illa, quantumuis generalibus verbis concepta ad eam extendi non debet.

Cui accedit, quod Imperatores nõ abſolutè dicãt, ſi quis aduerſus pacta & trãſactiones iuratas venerit fieri periurũ &c. Sed nominatim & expreſſe addãt, ſi quis MAIOR viginti quinque annis: iam vero vniuerſitas non maiori ſed minori viginti quinque annis comparatur, vt oſtenſum eſt. Ad vniuerſitatem igitur pœnæ *d l. 41.* non pertinebunt.

Huic quæſtioni affinis eſt iſta, quæ de MINORE viginti quinque annis moueri ſolet, vtrum videlicet à iurata tranſactione minor 25. annis recedens in pœnas, *d. l. 41.* expreſſas, incidat? Hoc enim expeditũ per omnia non videtur: etenim ſunt qui affirmatiuam tueantur. Qu. 58. *An diſpoſitio l. 41. C. de trãſact. pertineat ad minores?*

1. Quia minores, qui iurauerunt ſe cõtra vẽditionem aliumue contractũ nihil facturos, comparantur cum maiorib9, ita vt non minus minorum quam maiorum iuramentum, ſuper contractibus ſuis nõ retractandis, inuiolabiliter cuſtodiri debeat, *Auth. ſacram. puberũ. C. ſi aduerſ. vẽdit.*

2. Quod aperti ſit iuris, minoribus in delictis non ſubueniri, *leg. ſi ex cauſa, §. Nunc videndum, ff. de minor. & tot. tit. Cod ſi aduerſus delictum.* Contraria opinio, quam defendit poſt Donellum Petr9 Gilcken. in *d. l. 41.* his fundamentis nititur.

1. Quod *l. 41.* nominatim & in ſpecie ſit ſcripta de maioribus 25. annis; at vero male hoc, & fruſtra, ac ſine ratione, ſi idem eſt quoque in minoribus: nec enim dici poteſt, *l. hanc 41.* fuiſſe reſcriptam & accommodatam & certam conſultationem & facti ſpeciem Imperat. propoſitam, quæ de maiore 25. annis concepta fuerit. Quandoquidem, vt ex inſcriptione

ne legis relucet, ſcripta eſt non ad conſulentem priuatum; ſed ad Rufinum præfectum prætorio.

2. Quod etſi *d. lex 41.* quando agitur ad obſeruationem iuramenti & promiſſionis factæ, fauorabilis ſit; tamen quoad pœnam ſit odioſa: at vero odioſa, ad cõſequentiam non trahantur, ſed reſtringantur potius *cap. odia, de Reg. Iur. in ſext.* maxime cum nõ appareat mentem fuiſſe Legiſlatoris, quod legem ad perſonas, vel cauſas ſimiles extendi voluerit, vt hîc ex eo, quod de maiore nominatim Imperatores ſcribunt, admodum probabilis coniectura ſumatur, quod diuerſum in minoribus Imperatores ſtatutum voluerint. Et hæc opinio vera eſt.

Ad contrariæ opinionis argumenta ita reſpondendum.

Ad primum reſpond. Etſi in *Authent. ſacramenta puberum, C. ſi aduerſus venditionem.* comparentur cum maioribus minores illi, qui iurauerunt ſe contra venditionem aliumque cõtractum nil commiſſuros, tamen in eo, comparari ſaltem, quod exigitur ab illis, vt pariter fidẽ datam, quam iureiurando firmarunt, ſeruent; non etiam ſi quid contra fecerint, paribus pœnis ſubiiciantur.

Ad ſecundum reſpond. Aliud eſt ſubuenire, id eſt, efficere ne noceat id, in quo tenearis iure ciuili. Et aliud pœnam non ſtatuere: hanc aduerſus peierantem non ſtatuere liberum eſt. Quod autem ſemel minor contraxerit, hoc aduerſus iuſiurandum illi remittere non licet.

Qu. 39. *An diſpoſitio d. l. 41. ad cõtractus extẽdi poſſit?*

Cum porro *dicta l. 41.* de tranſactionibus & pactis diſerte ſit concepta, quæſtio haut ignobilis moueri ſolet à iuris noſtri interpretibus: vtrum ad CONTRACTVS iuratos porrigi debeat prædictæ *l. 41.* diſpoſitio, ita vt ſi quis à iurato contractu receſſerit ob periuriam quadruplicem pœnam, iſta *l. 41.* ſancitam & præfinitam, incurrat?

Affirmatiua videtur, prima frõte, amplectenda; idque ſequentes ob cauſas.

1. Quia verbum pacti generale eſt, omnes conuentiones omneſque contractus ſuo ambitu complectẽs *l. 7. §. 1. ff. pro ſocio.* & oſtendimus ſupra pacti verbum idem denotare, quod conuentionis nomen; vt quemadmodum appellatio conuentionis omnes complectitur contractus, ita quoque nomen pacti. in *diſputat. de pact. theſi lit. A.* Atqui *dict. l. 41.* non modo de iuratis tranſactionibus, ſed de pactis quoq; iuratis concepta eſt, in *verb. ſi quis maior viginti quinque annis aduerſus* PACTA *vel* TRANSACTIONES *&c.* Quare ad contractus etiam, qui pacti nomine continentur, diſpoſitio *dict. l. 41.* porrigi debet: quicquid enim de genere pacti prædicatur, idem quoque de ſingulis pacti ſpeciebus prædicari debet.

2. Quia certi iuris eſt, quod leges pœnales pleniorem interpretationem recipiant, ſi euidentior ratio ſuffragetur: *§. ſed quia natura, quæ fuit prima cauſa benefic. amit. in vſibus feud.* maxime ſi inter eaſdem perſonas fiat talis productio Nicolaus Euerhard. in *Topic. loc. à ratione legis larga num. 63.* Idque potiſſimum procedit, ſi plenior ſignificatio etiam hunc caſum complecti poſſit *leg. iuſta l. liberorum. ff. de Verb. Signific.* quocirca & definitio & diſpoſitio pœnalis *dict. l. 41.* ad contractus quoſuis iuratos porrigi debet.

3. Et vt maxime in primis *dict. l. 41.* verbis fundamentum huius ſententiæ conſtitui non poſſet: in ſequentibus tamen eiuſdem legis verbis opinio hęc ſtabiliri videtur, dum ait, illa incommoda illis deputari, *qui intemerata pacti iura non ſeruauerint, & rurſum qui nomina noſtra placitis inſerentes ſalutem principum, confirmationem initarum iurauerint eſſe conuentionũ,* in quibus nulla tranſactionis fit mentio, ſed generale nomen *pactorum, placitorum pactionum* proponitur, vt intelligere nus,

Dddd ipſos

ipſos legumlatores voluiſſe cóplecti his verbis, nedum pacta, ſed etiam tráſactiones & deinde etiam contractus.

4. Inſuper abſurdum videtur quod illi, qui plus delinquunt, veluti qui obligationem ex qua etiam actio naſcitur, iuramento ſanxerint non obſeruent mitiori pęnà afficiantur, quá ſi in pacta vel tranſactiones, quæ huiuſmodi vim non habẽt quidquam commiſiſſent contra legem *hu ſolu. C de reuoc. donat. l. cap. Non inferenda. 24. q. 1.*

5. Deniq; in quo obtinet ratio diſpoſitionis, in eodem quoque ipſa obtinebit diſpoſitio: atque ratio *d. l. 41.* (quæ hæc eſt quod veniens contra iuratam tranſactionem periurus eſt) in contractibus iuratis non minus obtinet. Igitur & diſpoſitio *d. l. 41.* in contractibus obtinebit.

Proinde omnino ſtatuendum videtur *d. l. 41.* diſpoſitionem eſſe generalem, & non modo ad nuda pacta ac tráſactiones, ſed ad omnes etiam contractus iuratos pertinere.

Et ita Bartolus, Baldus, Fulgoſius in *d. l. 41.* Gilckenius *ibid. n. 19.* ſtatuunt.

Cæterum ab horum ſententia recedere nulla ſane mihi religio eſt.

Nam primo ceſſante ratione diſpoſitionis & iuris, ceſſat quoque & deficit iuris diſpoſitio. Atqui ratio ob quam in *d. l. 41.* à tranſactione iurata recedenti pœna infamiæ, vt & cæteræ pœnæ ibi definitæ irrogantur, ceſſat manifeſte in contractibus iuratis, ceſſat igitur & legis illius definitio & diſpoſitio.

Aſſumptio hinc conſtare poteſt, quod pœnæ *dict. legis quadrageſimæ primæ* contra iuratam tranſactionem venienti nõ propterea infligantur, quia periurus exiſtit: ſiquidem periurij nullam eſſe iure ciuili conſtitutam pœnam Imperator expreſſe ſcribit in *l. 2. C. de Reb. credit.* Sed ideo potius ei quatuor iſtæ pœnæ infliguntur, quia non ſolum periurus extit, ſed etiam tranſactionem pactionemue, quia lites tranſactæ & compoſitæ erant (quas minui & componi publice intereſt) violauit, lites ſopitas & tranſactione vel pactione finitas, atque compoſitas reſuſcitauit, contra quam ſuadet publica vtilitas.

Quam rationem deficere in contractibus cæteriſque pactionibus & conuẽtionibus, quæ ad tollendam & ſopiẽdam litem non pertinent, pluſquam manifeſtum eſt.

2. Accedit præterea, quod ſi pacti verbum generaliter in *d. l. 41.* acciperetur, ita vt ſub ſe quaſuis conuentiones & contractus contineret, tum tranſactioni non opponeretur, ſed ſub ſe iſtam quoque complecteretur, quandoquidem tranſactio quoque eſt pactum, vt prolixe id oſtenſum fuit in *diſputat. de tranſactione theſi 1. lit. B.* Atqui tranſactio à pactione in *dict. leg. 41.* aperte diſtinguitur, igitur hinc ſequitur, quod verbum *pacti* ſtricte ibi accipiatur pro pacto de non petendo, quod & ipſum lites finit atque componit, quemadmodum tranſactio.

3. Et ſane ſi quaſcunque conuentiones & contractus vocabulo *pacti* Imperatores intellexiſſent, quod opus fuiſſet ſpecificam fieri mentionem tranſactionis? Et cur non potius lex de pacto & cõuentione in genere fuiſſet cõcepta? cum tranſactio vera, ſit contractus & conuentio: quia igitur tranſactionem accurate diſtinxerunt Imperatores à tranſactione, haut obſcure ſignificarunt, ſe non de quouis ſentire pacto, ſed de pacto tranſactioni ſimili, quod de *non petendo* dicitur.

4. Inſuper cum *d. l. 41.* ſub rubrica de tranſactione poſita ſit, conſequens videtur eam ſecundum inſcriptionem iſtam de tranſactione, & pacto, huic ſimili, accipiendam eſſe: à rubrica ſiquidem titulorum firmum ac bonum ducitur argumentum.

5. Ad-

Digitized by Google

5. Adde quod in *d. l. 41.* inter cæteras pœnas in violatorem tranſactionis vel pacti ſtatutas, etiam hæc habeatur, quod is, qui contra tranſactionem vel pactionem venerit, ea quæ accepit reſtituere debeat. Hæc autem tranſactioni potiſſimum conuenire videtur, quę ſemper aliquo dato vel retento procedit *leg. 38. C. de tranſact.*

Quanquam hoc argumentum non adeo magni eſſe momenti exiſtimem, cũ efficiat, vt nec pactum de non petendo, quod gratuitum eſt, diſpoſitio *dict. leg. 41.* complectatur.

Non obſtant vero quicquam ſententiæ huic argumenta in contrarium ſupra adducta.

Non primum, quia etſi negari nõ poſſit, quin vocula *pacti* in iure quandoque ita late accipiatur, vt etiam contractus cõprehendat: hoc tamen in loco nõ ita generaliter, ſed in ſpecie de pacto, quod eſt de non petẽdo, intelligi debet, ꝓpter rationes, modo à nobis adductas: maxime vero idcirco, quia odia reſtringi, fauores vero ampliari debent *cap. odia. de Reg. Iur. in ſext.* Hic autem verſamur in materia & diſpoſitione maxime odioſa, qua vni eidemq; propter vnum delictum quadruplex irrogatur pœna: vt taceam quod vnũ quodque prędicatum, vt & quęuis diſpoſitio legis, ſecũdum habilitatem ſubiectę materiæ accipi & intelligi debeat.

Ad ſecundum reſpondeo vt pœnalia, tanquam odioſa aliàs reſtringi ſolent & coarctari, ita tunc vel maxime id accidere quando ratio diſpoſitionis non ſuffragatur: atqui hoc loco id accidere ex prædictis perſpicuum eſt: quod enim ratio *d. l. 41.* in contractibus iuratis, locum non inueniat, luce meridiana clarius ex ratione prima noſtræ opinionis relucere exiſtimo.

Ad tertium reſpondeo, etſi in ſequentibus ac poſtremis *dict. l. 41.* verbis tranſactionis nulla fiat mentio, ſed pactionis: hæc tamen ſequentia iuxta præcedentia de pacto de non-petendo atq; tranſactione intelligi debere; deinde rationem iſtius *legis quadrageſimæ primæ* non ferre, vt de pacto in genere intelligantur Imperatores, ſed eam potius ſuadere, vt ſecũdum mentem Imperatorum de pacto in ſpecie de non petendo, allegata verba accipiamus, vt quæ in contractibus iuratis obtinere nõ poſſit, vt hoc dilucide ſupra demonſtratum fuit.

Ad quartum reſpõdeo, eos qui à trãſactione iurata vel pactione, quod de non petendo dicitur, recedunt, longe plus delinquere quam illos, qui à contractu iurato reſilierint; cum tranſactio, vt & pactum de non petendo, longe firmiora ſint, quam cõtractus, vt quæ ad lites minuendas & ſopiendas pertinent, quas minui & finiri publice intereſt *leg. fratris. Cod. de tranſaction. leg. 13. Cod. eod.* vnde tranſactio vim rei iudicatæ habere *leg. 20. Cod. de tranſact.* & eandem autoritatem, quam iuſiurandum, obtinere dicitur.

Ad vltimum reſponſio ex prædictis patet, quoniam ratio *dictæ legis quadrageſimæ primæ* non conſiſtit in periurio: hoc ſiquidem pœnam nullam iure ciuili habet, ſed in eo poti⁹ ratio poſita eſt, quod non modo periurium committat, qui à tranſactione & pactione iurata reſilit, ſed inſuper etiam lites, ſemel ſopitas, reſuſcitat, quas ſepultas & ſopitas manere, intereſt publicè, quam rationem in contractibus iuratis deficere, in propatulo eſt.

His igitur remotis obſtaculis, relinquitur, quod conſtitutio in *dict. leg. 14. C. de tranſact.* ad contractus extendi non debeat, ſed eam de tranſactione & pactione, de quibus loquitur intelligi oporteat.

Qu. 40. *An diſpoſitio d. l. 41.* Quod de tranſactione & pactione, iuramento confirmata, in *dict. leg. 41* proponitur, vtrum de ea quoq; tranſactione

 & pa-

locum habeat in pactis & trãſactionibus quæ quis per fidẽ Chriſtianã ſeruare promittit?

& pactione intelligendum ſit, quã quis per fidem Chriſtianam, *Bey vvaren Chriſtlichen trevven*, ſeruare promittit, dubio & ſcrupulo non caret.

Et quidem de hac quæſtione tres extant interpretum opiniones: primo enim quidam ſtatuunt indiſtincte, quod à tranſactione vel pactione fidei interpoſitione firmata, recedens infamia notetur cæteriſque *dict. leg. 41.* pœnis ſubiiciatur, non minus atque is, qui iuratam violarit tranſactionem aut pactionem, ſiue fides humana politica, ſiue fides Chriſtiana interpoſita fuerit.

Et hi opinionis ſuæ fundamentum conſtituunt in eo, quod iuramentum corporale & fidei præſtatio à pari procedant *cap. ad aures. extr. quod met. cauſa. cap. peruenit in fine 2. de fideiuſſoribus*, Mynſinger *1. obſeruat. 17. numer. 4.* vnde etiam in Camera Imperiali receptum eſſe Mynſinger & Gailius *2. obſeru. 29.* teſtantur, vt talis fidei interpoſitio, *Bey Fürſtlichen oder Adelichen ehren vnd trevven*, iuramento æquipolleat.

Sicut igitur à iurata tranſactione reſiliens, pœnas ſuſtinet *d. l. 41.* definitas, ita quoque qui à tranſactione huiuſmodi fidei interpoſitione recedit, iiſdem mulctabitur pœnis.

Secundo ſunt qui diſtinguant, quod cum pronunciatio fidei duplicem ſignificationem admittat; vt fidem Chriſti vel Euangelicam; deinde etiam fidem humanam demonſtret; vt priori quidem caſu, ſcilicet quando expreſſe ſe obſtrinxit per Chriſtianam fidem, vel ſacroſancta Euangelia, tum à tranſactione & pactione recedens, non minus puniatur; ac ſi corporali iuramento præſtito, tranſactionem & pactionem ſeruare promiſiſſet: atque hactenus fidei interpoſitionem & iuramentum pari paſſu ambulare volunt *d. cap. ad aures. & d. cap. peruenit.*

Quod ſi vero per fidem humanam, aut fidem nobilitatis ſe obligarit, aiunt, diſpoſitionem *dict. leg. 41.* hoc caſu locum non habere. Primo, Quia diſerte Dei mentio fiat in *dict. leg. 41.* & eo auctore tranſactiones confirmatas eſſe proponatur, ab hac igitur forma præſcripta recedi non debeat *leg. qui per ſalutem. ff. de iureiur.* Secundo, Quia interpretatione pœnæ molliendæ ſunt, non exaſperandæ *leg. ſi præſes ff. de pœnis*, multo minus dura explicatione iuuandæ *leg. Cum quidam. ff. de lib. & poſthum. inſtit.* Tertio, Quia erubeſcendum ſit ſine lege loqui: nulla autem conſtitutione, nulla lege expreſſum hoc ſit, quod interpoſitio humanæ fidei tantum poſſit, quantum ſacramenti religio, ſi de pœna inferenda tractetur.

Ita Alciatus *num. 49.* Gilckenius *numer. 42. in dict. l. 41. C. de tranſact.* Fachineus *lib. 1. controuerſ. cap. 13.* Couarruuias *1. part. relect. cap. quamuis §. 2. de pact. in ſext.*

Denique ſunt nonnulli, qui indiſtincte negant diſpoſitionem *dict. leg. 41.* ad eam tranſactionem aut pactionem eſſe trahendam quæ interpoſitione fidei fuerit firmata, ſiue interpoſitio fidei fuerit politica, *Bey Fürſtlichen, oder Adelichen ehren vnnd trevven, oder bey vvahrem Chriſtlichem glauben.*

Quæ ſententia & mihi placet: quod enim ad interpoſitionem fidei humanæ attinet, iam ſatis oſtenſum eſt, quod iſta hoc loco idem operari nequeat, quod iuramentum: quandoquidem in *dict. leg. 41.* expreſſe requiritur, vt inuocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore tranſactio fuerit ſolida: quæ forma præſcripta ad vnguem ſeruari debet *dict. l. qui per ſalutem*: maxime cum hîc in re odioſa verſemur, quæ alias ſui natura reſtrictionem admittit.

Quod ad interpoſitionem fidei Chriſtianæ attinet, quanquam ea fortaſſis iura-

iuramento æquipolleat, quoad promiſſionis obſeruationem, ita vt non minus atque iuramentum obſeruari debeat quomodo etiam *d. cap. ad aures. & d. cap. peruenit.* accipienda puto, quoad pœnam tamen periurij plurimum à iuramento differt. Atqui pœnæ, quæ in *d.l.41.* non ſeruantibus tranſactionem irrogantur, ſunt ex parte quoque periuri pœnæ, vt omnes ſtatuunt: non itaque locum habere poſſunt in tranſactione, fidei interpoſitione firmata. Sed de fidei interpoſitione quatenus æquipolleat iuramento: plura dicentur infra in *diſput.21. theſi 1.lit. A.*

Qu. 41. *An ad pœnas d.l.41 euitādas moræ purgatio admittatur*

Illud certum videtur, ad euitandas pœnas *d.l. 41.* moræ purgationem non admitti; idque propterea, quod vbicunque pœnæ ipſo iure infliguntur & ſecum executionem trahunt, nullus ſit, ad euitandas pœnas, purgationi locus *l.ſi is cui ff.de legat.2.* Atqui pœnæ *d.l.41.* ipſo iure infliguntur, & ſecum paratam executionem trahunt, vt ex dictione MOX colligit Alciatus in *d.l.41.num.75.* conſequens itaque eſt, quod iure ciuili, in propoſito caſu, celeri purgatione pœnæ euitari nequeat.

Et quia hoc ita de iure ciuili ſeſe habeat, facile largiuntur omnes: verum vtrum idem quoque de æquitate Canonica ſit ſtatuendum, controuerſum eſt: plurimi enim ſunt, qui negent: quorum ſententia nititur *cap.ſuam.9.extra de pœnis.c.apud miſericordem 32.q.1.cap.Beatus 12.q.1.* Vnde colligunt, quod æquitas ſuadeat pœnas remitti celeri moræ purgatione.

Plerique tamen in ea ſunt ſententia quod hic ne iure quidem Canonico locus purgationi moræ concedatur: cum in dubio ius Canonicum non præſumatur à iure ciuili Cæſareo diſſentire *arg. cap. 1. de operis nou.nunciat.*

Nec refragatur, quod aiunt ęquitatem ius Canonicum ſequi: at æquitatem admittere purgationem moræ.

Nam adhoc Autor noſter reſpondet, etiam tum, quando periuria puniuntur ac coercentur, æquitatem manere: niſi per verſam lenitatem, ſiue peccandi impunitatem æquitatis titulo venditare velimus.

Quin & ius ciuile eſt ars æqui & boni *l.1.ff.de Iuſtit.& iure.* ac proinde nihil aduerſus æquitatem fieri intelligitur, quando periurium acrius punit, nec ad pœnas eius euitandas moræ purgationem admittit.

Non etiam ad rem faciunt textus ex iure Canonico adducti, quoniam. *dict. cap. ſuam.9.* de eo caſu eſt accipiendum quo tranſactio iurata non interceſſit. Ita Fachin.

Ad *d.c.apud miſericordem & cap. Beatus.* quæq; ibi notantur, recte reſpondetur, ea locum ſibi vindicare in foro pœnitentiali, ſecundum Alexandrum, Decium, Romanum & Andr.Fachin.

Ego in hac controuerſia, ſaluo aliorum iudicio, veriorem eſſe iudico ſententiam affirmantium purgationi eſſe locum non modo de iure & æquitate Canonica, ſed & de iure ciuili, non quidem per argumenta modo adducta, quæ ſane leuia ſunt: ſed idcirco potius, quia pœnæ, quæ decernuntur ac definiuntur in *d. l. 41.* ei, qui à iurata recedit tranſactione, non ipſo iure infliguntur, ſed ſententia prius iudicis condemnatoria præcedente, vt in hac theſi ſub initium huius literæ K. prolixe docui. Cum autem omnia iudicia hodie ſint abſolutoria, ſic, vt ſi ante rem iudicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori: officio iudicis conueniat reum abſoluere, licet in ea cauſa fuiſſet iudicij accipiendi tempore, vt damnari deberet *§.fin. Inſtitut. de pœn. tem. litig.* Idcirco ſi ante condemnationem is, qui à iurata tranſactione receſſerit, hoc nomine ſatisfacere aduerſario, ſuamque moram purgare velit, non

condemnandus, ſed abſoluendus erit.

Obſeruandum poſtremo eſt, quod tum demum pœnæ legis quadrageſimæ primæ locum habeant, quando dolo malo, quis à iurata receſſit tranſactione *argum. cap. quæritur §. item opponitur. 22. quæſt. 2. capit. breui. de iureiur. capit. ſignificante de pignoribus:* Couarruu. *in relect. capitul. quamuis part. 2. §. 5. num. 3. de pact. in ſext.*

Qui itaque iure permiſſa ratione tranſactionem iuratam impugnat, in pœnas *d. l. 41.* non incidunt: quod enim quis iure permittente facit, pœnam non meretur.

RESOLVTIO THESIS SEXTÆ.

Lit. A. DIctum eſt hactenus de his, qui ipſo iure ac ſola lege ſine ſententia iudicis, infamia notantur, ſequitur vt videamus de illis, qui notantur SENTENTIA IVDICIS, inter hos vero primum locum obtinet MILES ab exercitu ignominiæ cauſa miſſus.

De quo ita prætor in edicto: *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiæ cauſa ab Imperatore, eoue, cui de ea re ſtatuendi poteſtas eſt, admiſſus erit. l. 1. princ. ff. de his qui not. infam.* Et Vlpianus ICtus in *l. 2. princip. eod. Quod ait prætor, qui ab exercitu dimiſſus erit, dimiſſum accipere debemus militem caligatum: vel ſi quis alius vſque ad centurionem, vel præfectum cohortis ſiue legionis dimiſſus eſt. Hoc amplius Pomponius ait, etiam eum qui exercitui præeſt, licet conſularibus inſignibus vtitur, ignominiæ cauſa ab Imperatore miſſum hac nota laborare. Ergo etſi dux cum exercitui præeſt dimiſſus erit, notatur.* Et, *ſi princeps dimiſerit, & adiecit ſe ignominiæ cauſa mittere, vt plerumque facit, non dubitabis & ex edicto prætoris eum infamia eſſe notatum.* Et in §. 2. *Ignominiæ cauſa miſſum, hoc ideo adiectum eſt, quoniam multa genera ſunt miſſionum. Eſt honeſta, quæ emeritis ſtipendijs, vel ante ab Imperatore indulgetur: eſt cauſaria quæ propter valetudinem laboribus militiæ ſoluit: eſt ignominioſa. Ignominioſa autem miſsio totiens eſt, quotiens is, qui mittitur addit nominatim, ignominiæ cauſa ſe mittere; ſemper enim debet addere cur miles mittatur. Sed & ſi eum exauctorauerit, id eſt inſignia militaria detraxerit: inter infames efficit, licet non addidiſſet, ignominiæ cauſa ſe eum exauctoraſſe. Eſt & quartum genus miſsionis, ſi quis euitandorum munerum cauſa militiam ſubijſſet: hæc autem miſsio exiſtimationem non lædit, vt ſæpiſsime reſcriptum eſt.*

Ex his intelligitur, quod miles, militia miſſus, ignominia afficiatur & infamis reddatur: ſed vt rectius hoc intelligatur, oſtendit in adductis locis ICtus quatuor eſſe genera miſſionis. 1. Honeſtam miſſionem, qua emeriti de militia mittuntur. 2. Cauſaria, qua ex iuſta cauſa, aduerſa nempe valetudine, quis mittitur militia. 3. Ignominioſa, qua quis ignominiæ cauſa ab exercitu mittitur. Et denique quarta miſſio eſt, qua is, qui munerum euitandorum gratia militiam ſubierit, mittitur.

Ex his vero omnibus miſſionum generibus tertium duntaxat infamiam inurit: reliqua vero infamia non notant.

Tum autem ignominiæ cauſa miles ab exercitu intelligitur miſſus, quando vel nominatim hoc exprimitur & adijcitur vel inſignia militaria ſunt detracta.

Quod ſi itaque princeps dimiſerit & adiecerit, ignominiæ cauſa ſe mittere, vt plerumque facit, non dubitabis & ex edicto prætoris eum infamia eſſe notatum, ait in *dict. l. 2. princ.* Vlpianus ICtus.

Verum Franciſcus Hotom. textum hunc ita emendat vt pro ET ADIECERIT

Digitized by Google

CERIT legat NEC ADIECERIT. Emendationis autem huius hanc cauſam adducit Hotomannus, quod ſi princeps adiecerit ignominiæ cauſa ſe mittere, abſurde dubitetur, anne infamia notetur. Quo itaque aliqua ſit dubitandi ratio ideo ſic vt dixi, legendum putat *nec adiecerit.*

Sed cum hæc emendatio receptæ ac conſtanti lectioni repugnet, commode Autor noſter monet, nihil quicquam in lectione iſta *d. l. 12. pr.* mutandum eſſe, maxime idcirco, quia, cum plures ſint miſſiones, quæ infamiam non irrogant, idcirco, vt intelligatur à principe miſſum infamia eſſe notatum, voluit, ad hoc declarandum ICtus à principe exprimi, quod ignominiæ cauſa miles mittatur; ne alioquin putetur iuſta ex cauſa ipſum miſſum eſſe.

Hinc in *d. l. 2. §. 2.* Vlpianus ſcribit, principem, ſeu belli ducem ſemper debere addere, cur miles mittatur.

Nec obſtat *l. 13. §. 3. ff. de re milit.* in qua Macer ita ſcribit: *Miſſionum generales cauſæ ſunt tres: honeſta, cauſaria & ignominioſa. Honeſta eſt, quæ tempore militiæ impleto datur. Cauſaria cum quis propter delictum ſacramento ſoluitur. Et is qui ignominia miſſus eſt, neque Romæ, neque in ſacro comitatu agere poteſt. Et ſi ſine ignominiæ mentione miſſi ſunt, nihilominus ignominia miſſi intelliguntur.*

Vult itaque Macer, etiam ſine mentione ignominiæ miſſum, infamem reddi, quod aperte refragari videtur Vlpiano, qui cauſam miſſionis atq; ignominiæ exprimendam ait à principe.

Varie quidem conciliari ſolent textus hi duo ad ſpeciem pugnantes; ſed mihi arridet conciliatio Antonij Fabri qui in Ration. ad *d. l. 2. §. 2.* reſpondet, non quidem eſſe neceſſariam mentionem & expreſſionem huius dictionis IGNOMINIÆ CAVSA *d. l. 13. §. 3. de re milit.* ita vt ignominiæ cauſa non expreſſa, tamen cenſeatur ignominiæ cauſa miſſus: ſed tamen neceſſariam eſſe expreſſionem cauſæ, hoc eſt, criminis propter quod fit miſſio: quæ cauſa cum pendeat à crimine nunquam poſſe eſſe non ignominioſam, & cum exprimatur, perinde eſſe, ac ſi expreſſum eſſet, ignominiæ cauſa fieri miſſionem: idque eſt, quod ait Vlpianus ſemper debere addere principem, cur miles mittatur.

Atque hanc conciliationem maxime iuuat *pr. d. l. 2.* vbi Vlpianus diſerte profitetur, quod Princeps PLERVNQVE ſoleat adijcere ſe ignominiæ cauſa mittere. Vnde colligitur non ſemper hoc addendum, ſed ſufficere ſi cauſa miſſionis inhoneſta, hoc eſt crimen, ob quod miſſionem iſtam promeritus eſt miles, exprimatur.

Sic malo cum Antonio Fabro reſpondere, quam cum Antonio Auguſtino emendare textum & in *d. l. 13. §. 3.* pro *nihilominus ignominia miſſi* legere *nihilomagis ignominia miſſi.* Vel cum Petro Fabro & Gotofredo *d. §. 3.* de eo caſu interpretari, quo vel per errorem, vel breuitatis cauſa omiſſa ſunt verba iſta ſolennia, IGNOMINIÆ CAVSA AB EXERCITV TE REMOVEO. Prius enim violentum: poſterius diuinatorium eſt.

Notatur præterea qui in iudicio calumniæ præuaricationiſue cauſa quid feciſſe iudicatus. Ita Vlpianus: Calumniator ita demum notatur, ſi fuerit calumniæ cauſa damnatus: neque enim ſufficit calumniatum: item præuaricator. Præuaricator autem eſt quaſi varicator, qui diuerſam partem iuuat, prodita cauſa ſua: quod nomen Labeo à varia certatione tractum ait: nam qui præuaricatur, ex vtraque parte conſtitit: quinimo ex aduerſa. Idemque Papinianus in *l. 13. ff. de teſtibus* haut obſcure exprimit, dum teſtis publico iudicio *Lit. B.*

calu-

Digitized by Google

calumniæ damnati teſtimonium reiicit, in eo quod non integræ frontis homo illud dixerit.

Quod ſi præuaricator aut in iudicio publico calumniatus, non fuerit damnatus, infamis non fit, quamuis fama eius apud honeſtos & bonos viros grauetur, quod infamiam facti, cum interpretibus, Autor noſter appellet.

Sed quæritur, vtrum is, tanquam calumniator notatus videatur de quo præſes prouinciæ ita pronunciauit, cauſa cognita: *callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe?* Ad quam quæſtionem Papinianus reſpondet: Huiuſmodi ſententiam onerare quidem pudorem eius & verecundiam apud bonos & graues viros, ſed ipſo iure ei infamiam non irrogare, quod pronunciatus ſit fuiſſe inſtigator calumnioſæ accuſationis, nam aliud eſt inſtigare, aliud mandare: inſtigare eſt exhortari non calumniari, non mandare alteri vt calumnietur. Mandatoris quidem eadem pœna eſt, quæ calumniatoris, eadem infamia, ſicut mandatoris & homicidæ *l. non ideo. C. de Accuſat.* ſed non eadem conditio eſt calumniatoris & adhortatoris, ſeu inſtigatoris ad calumniam faciendam alteri. Hoc, inquam vult Papinianus in *l. 20. ff. de his, qui not. infamia.*

Qua explicatione retenta, non opus eſt, vt cum Antonio Fabro pro MANDATORIS legatur DAMNATORIS.

Nec refragatur *l. 1. §. incidit. ff. ad SC. Turpill.* vbi dicitur, eum, qui inſtigat accuſatorem, ſi ſubornatus accuſator, non potuerit probare, quod intendit, teneri SCto Turpilliano, tanquam calumniatorem. Denique inſtigatorem puniri tanquam calumniatorem.

Recte enim meo iudicio reſpondet Cuiacius *d. l. 1. §. incidit.* non loqui ſimpliciter de eo, qui inſtigat, quia paulo poſt ſubijcit, *& inſtruit accuſatorem, dando probationes &c.* Hic vero plus eſt, quam inſtigator; denique hic calumniator eſt: aut in præſentiarum agitur de nudo inſtigatore: hic non fit infamis, nec pro calumniatore habetur.

Animaduertendum autem illum demum effici infamem qui calumniæ, aut præuaricationis in publico iudicio damnatus eſt: nam de damnato in iudicio publico expreſſe loquitur edictum prætoris in *l. 1. §. 4. ff. de his, qui not. infam.*

Vnde colligitur, damnatum calumniæ aut præuaricationis in priuato iudicio non fieri infamem. Id quod Impp. Dioclet. & Maximin. diſerte exprimunt in *l. 5. C. de calumniator.* his verbis: *Qui calumniatores pronunciantur, in publicorum duntaxat iudiciorum quæſtionibus, non etiam in liberalibus cauſis, quæ priuatas diſceptationes continent, periclitari ſolent.*

Interim tamen aduerſus eum, qui calumniatus erat, vel præuaricatus priuato in iudicio, datur præter actionem in factum etiam actio decimaria, quæ olim dabatur in actorem temere litigantem in decimam partem §. 1. *Inſtit. de pœna temere litig.* hæc enim actio, etſi in deſuetudinem abierit, & vſurpari deſierit; ab Imperatore tamen Iuſtiniano tandem reſtituta fuit. *Nouella 112. capit. 2. in verb. & ſi poſtea fuerit approbatus iniuſte litem mouiſſe ſumptuum & expenſarum nomine decimam partem eius quantitatis, quæ in libello continetur, reſtituat.*

Hoc duntaxat intereſt inter veterem decimariam actionem & nouam, diſcriminis, quod vetus inſtar cautionis & repromiſſionis fuerit: non vero ex *d. nou. 112. cap. 2.* fit ſatiſdatio vel iuratoria cautio: ſi autem dixerit non valere fideiuſſorem dare, tunc apud iudicem, à quo cauſa examinanda eſt, ſanctis propoſitis euangelijs, per ſacramentum hoc ipſum affirmet, & ſic iuratoriam cautionem exponat,

Digitized by Google

poñat, & per eam, hęc quæ ſuperius dicta ſunt, profiteatur.

Lit. C. Qu. 42. *An de crimine ſtellionatus damnatus ſit infamis?*

Inſuper infamia notantur publico iudicio damnati *l. 7. ff. de public. iudic.* hinc vtrum ſtellionatus iudicio damnatus infamis reddatur, quæri ſolet? Et quidem hac de re videntur reſponſa plane contraria extare in pandectis noſtris, nam in *l. quid ergo 13. §. fin. ff. de his qui not. infam.* Vlpianus ſcribit in hæc verba: Crimen ſtellionatus infamiã irrogat damnato, quamuis publicum non eſt.

Contra vero idem Vlpianus in *l. 2. ff. ſtellionatus. Stellionatus*, ait, *iudicium famoſum quidem non eſt, ſed coërcitionem extraordinariam habet.*

Quæ duo reſponſa è diametro ſibi contraria eſſe videntur, in quibus conciliandis atque in concordiam redigendis, omnis prope ætatis Icti plurimum laborarunt ac ſudarunt.

Etenim Bulgarus & Martinus ita ſupra dictos textus conciliant, vt ipſum quidem crimen ſtellionatus infamiam non irroget; ſententia tamen de crimine lata, infamem efficiat, atq; de hoc *d. l. 13. §. fin.* exaudiatur: de illo vero *dict. l. 2. ff. ſtellionatus.*

Sed hanc conciliationem recte reijcit Antonius Faber 1. Quia cum de infamia quæritur, condemnationem ſecutam eſſe, ponendum ſit; cum ex nullo crimine, licet publici iudicij, infamia irrogari poſſit, niſi ſententia ſequatur *l. 7. ff. de public. iudic.* 2. Quia vtraque lex de damnato criminis ſtellionatus loquitur: nam in *dict. l. 13. §. fin.* Vlpianus ait, infamiam irrogari damnato, & in *l. 2. ſtellionatus*, non de crimine tantum, ſed de iudicio ſtellionatus loquitur, ac de coërcitione, hoc eſt, condemnatione.

Antonius Faber ſtatuit crimen ſtellionatus ſemper eſſe famoſum, idque velle *dict. l. 13. §. vltim. ff. de his, qui not. infamia.* Et ne huic obſtet *dict. l. 2. ff. ſtellionatus.* tollit ex ea particulam negatiuam; ſic, vt pro *ſtellionatus iudicium famoſum quidem non eſt*; legatur *famoſum quidem eſt.*

Sed quia & diuinatoria & dura eſt hæc emendatio, ac receptæ ac conſtanti lectioni *d. l. 2.* repugnat, haut immerito ab alijs reijcitur.

Pacius *centur. 2. q. 27.* ſtatuit, iudicium ſtellionatus non eſſe famoſum ſua natura, nec condemnatum infamia per ſe afficere, ſed tum demum infamiam condemnato irrogare, ſi iudex eum infamem eſſe iuſſerit. Quam interpretationem quoque probat Gilbertus Regius. *1. conciliat. 3.* cum autem huic conciliationi repugnare *d. l. 13. §. fin.* (vbi crimen ſtellionatus dicitur infamiam irrogare ipſi condemnato) animaduerteret Pacius, ait verba iſta *d. §. vltim.* ſic accipienda eſſe, vt verbum irrogat non ſignificet actum, ſed poteſtatem, perinde ac ſi ICtus dixiſſet: infamia irrogari poteſt, nempe ſi iudici viſum fuerit.

Verum & hæc interpretatio ſatis dura & diuinatoria eſt.

Recte, meo iudicio, de hac quæſtione ſtatuit poſt Duarenum Donellus 18. *com.* 8. diſtinguendo, vt regulariter famoſum non ſit crimen ſtellionatus, idque velit *d. l. 2. ff. ſtellionatus.* famoſum vero tunc euadat, quando ex ea cauſa obijcitur, ex qua competeret actio famoſa, puta de dolo *l. 1. ff. de his, qui not. infamia.*

Nec repugnat huic reſponſioni *d. l. 13. §. fin. ff. de his, qui not. infamia*, in qua ICtus Vlpianus pro regula tradere videtur, quod crimen ſtellionatus condemnato infamiam irroget.

Reſpondet enim Donellus poſt Duarenum: definitionem *d. l. 13. §. vltim.* non eſſe generalem, ſed accommodatam eſſe ad ſpeciem, in qua dicatur, iudicium ſtellionatus famoſum eſſe debere, ſed à quibuſdam ideo negatur, quod dicant id

 publi-

Digitized by Google

publicum iudicium non eſſe: cui occurrit Vlpianus & non recte colligi ait, quia publicum iudicium non ſit crimen ſtellionatus, ideo infamiam non irrogare; immo irrogare infamiam damnato, quamuis publicum iudicium non ſit.

Præterea non obſtat, quod id quod in priuatis iudicijs eſt actio de dolo, hoc in criminibus ſit ſtellionatus perſecutio *l.3. ff. ſtellionatus.* Actio autem de dolo ſit ſemper famoſa. *l.1.ff. de dolo.* Igitur & ſtellionatus crimen ſemper ſit famoſum, quamuis nec publicum iudicium ſit, nec proinde ordinariam coërcitionem habeat, ſed extraordinariam *dict. l.2.* Hoc, inquam, non obſtat; nam, vt ex ipſo textu ſatis euadit perſpicuum, in *d.l. 3.§.1.ff. ſtellionatus,* hoc tantum vult Ictus, quod ſtellionatus perſecutio æque ſit ſubſidiarium remedium, atque actio de dolo: ex quo male infertur per omnia cõparari hæc; atque in eo etiam, quod ſicut actio doli infamat, ita quoque actio ſtellionatus.

Non aduerſatur inſuper quod in præſenti quæſtione ſpectandus ſit concurſus ciuilis actionis, quia facile contingere poſſit, vt nulla ſit ciuilis actio, cum qua ſtellionatus crimen concurrat, puta ſi quis impoſturam fecerit, vel colluſionem in necem alterius *l.3. §. item ſi quis impoſturam.ff. ſtellionat.* hoc itaque caſu, vbi deficit ciuilis actio, quæ cum actio ſtellionatus concurrat, ſequitur ſtellionatus actionem eſſe famoſam.

Reſpo. Ad hoc enim recte Oſwaldus Hilliger reſpondet conſequentiam negando, quia etſi concedatur contingere poſſe, vt ciuilis actio deficiat, quæ cum actione ſtellionatus concurrere poſſit: non tamen eo caſu famoſum fore ſtellionatus iudicium cum *l.7.ff.de public. iudic.* ad hoc concurſum cum ciuili actione famoſa exigat.

Minus refragatur, quod ſtellionatus crimen, etiamſi cum ciuili actione, famoſa non concurrat, dolum tamen ſemper adnexum habeat, dolus autem infamiam cauſetur *l.1. ff. de his qui not. infam.*

Expediri ſiquidem iuris eſt, quod dolus non ſemper infamia coërceatur, ſiue de ciuili, ſiue de criminali cauſa quæratur. Proinde & hic conſequentia negatur.

RESOLVTIO THESIS SEPTIMÆ.

INfamia notatur, qui furti, vi bonorum raptorum iniuriarum damnatur, ex quibuſdam iudicijs damnati ignominioſi fiunt, veluti vi bonorum raptorum iniuriarum, ait Iuſtinianus in §. 2. *Inſtit. de pœna temere litigant.* cui aſſentitur Vlpianus in *l.4.§.fin.ff.de his qui not. infam.*: item ſi qui furti, vi bonorum raptorum iniuriarum de dolo malo ſuo nomine damnatus pactuſue ſit, ſimili modo infames fiunt. Idemque in *l.6.* furti accipe, ſiue manifeſti, ſiue nec manifeſti. Damnatus vero damni iniuria dati hic inter infames non refertur, idcirco quia prædictæ actiones perſequuntur & vindicant facta ſingularis turpitudinis: nempe rerum alienarum interuerſionem per fœdiſſimas artes, furtum, rapinam, dolum malum, tum aduerſus perſonas iniuriam, quæ rem omnium precioſiſſimam lædat, exiſtimationem, nocet quidem & damnum iniuria datum, ſed non eo ſpectat, vt qui dedit, eo facto quid quam ad ſe improbe transferat. Donellus *18.com.c.8.* *Lit. A.* *Qu. 43. Quare damnatus de damno iniuria dato non fiat infamis?*

Aliam rationem reddit Fr. Hotomannus; quod nempe neque imprudentia, neque iracundia tam graui pœna digna viſa fuerit: aut enim per imperitiam & culpam damnum datum eſt; quod infamiæ notam, non meretur: aut conſulto & malo animo, qui quia contumeliam adiun-

adiunctam non habet (nam ſi haberet, iniuriarum actio naſceretur) minime dignus videtur, qui tam atroci poëna mulctetur.

Sed quod de cœteris criminibus dictum eſt, hiſce conditionibus accipiendum eſt: primo ſi ſententia condemnatoria per appellationem non fuerit ſuſpenſa.

Sed ſi furti, vel alijs famoſis actionibus quis condemnatus prouocauit: pendente iudicio, nondum inter famoſos habetur: ſin autem omnia tempora prouocationis elapſa ſint, retro infamis eſt; quamuis ſi iniuſta appellatio eius viſa ſit, hodie notari puto, non retro notatur *dict. l. 6. §. 1. ff. hoc titu.* Etſi enim verum ſit, hoc quoque caſu vere condemnatum aliquem eſſe furti aut alterius alicuius famoſi criminis; ea tamen vis eſt appellationis, vt iudicatum extinguat, ſiue iuſta appellatio fuit, ſiue iniuſta *l. 1. §. vltim. ff. ad Turpill.* reducatque negocium ad terminos litis conteſtatæ, atqui tempore litis conteſtatæ & ante ſententiam à priore iudice latam, non fuit infamis ille, contra quem agebatur furti, quoniam ſola ſententia infamat. Ergo pendente appellationis iudicio infamis non erit: ita bene Anton. Faber in *Rationalibus.* Adde quod pendente iudicio & per appellationem ſuſpenſo, idcirco infamia locum non habeat, quia necdum conſtat de delicto admiſſo: de hoc vero, vt infamiæ pœna locum habeat, certo conſtare debet Weſenbecius in *paratitl. de his qui not. infam. n. 5.*

Secunda conditio eſt, vt ſuo nomine quis furti; vi bonorum raptorum vel iniuriarum ſit condemnatus: nam ſi alieno nomine damnatus fuerit, vt tutor, curator, heres &c. iniquum foret hunc ob alienum maleficium infamiam ſuſtinere Weſenbec. *d. loco.* Et ſane non ipſi deliquerint, ſed domini, & illi à quibus obligatio nata eſt: atqui pœna tenere debet ſuos auctores, nec alibi debet eſſe pœna, quam vbi eſt delictum *l. ſancimus C. de pœnis.* Donell. *18. com. 8.*

Tertia conditio eſt, vt ex ſuperioribus delictis, quis *ob dolum* ſit condemnatus *dict. l. 4. §. fin.* Hæc conditio idcirco additur, quia infamiæ cauſa dolus eſt, culpa vero non item. Quod vtrum de leui duntaxat, an vero de lata quoque accipi debeat, controuerſia & ſcrupulo non caret? *Lit. C.* Qu. 44. *An ob latam culpam damnat⁹ ſit infamis?*

Et quod propter latam culpa ex delicto famoſo damnatus non reddatur infamis, ſtatuit Weſenbec. *in parat. de his qui not. infamia num. 4.* & plerique tam ex veteribus, quam recentioribus iuris Interpp.

1. Mouentur *§. ſuſpectus. Inſtit. de ſuſpectis tutor.* in quo expreſſe dicitur, remotum tutorem ob dolum fieri famoſum, ob culpam vero non item. Quicquid autem de genere culpæ affirmatur, idē quoque de ſingulis ſpeciebus culpę affirmari certum eſt, ac cōſequenter remotus non ſolum ob leuem, ſed etiam ob latam fiet famoſus.

2. Accedit huic, quod quibus in locis de damnato, infamia notando agitur, in illis omnibus ſolius doli fiat mentio, nullibi vero ob culpam damnatus, proponatur famoſus factus *l. fin. C. de ſuſpect. tutor. l. 11. §. notatur. ff. qui notat. infam.*

3. Et cum alias quoque odia reſtringi, fauores vero ampliari conueniat, iuxta *c. odia de reg. iur. in ſext.* cur non & hic odia reſtringentur, ſic vt ob ſolum dolum, non etiam ob latam culpam damnatus fiat infamis?

4. Inſuper vita ac fama pari paſſu in iure ambulant *l. 9. ff. de manumiſſis vindictâ.* Propter latam vero culpam vita nemo priuari poteſt *l. in lege C. de L. Aquil.* igitur nec famâ.

5. Poſtremo huc etiam facere videtur *l. 3. §. fin. ff. de ſuſpect. tutor.* Vbi, qui

ob ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam vel ineptiam (quæ verba ſatis latam culpam includunt) remotus eſt tutor, non fit famoſus. Etenim quælibet cauſa fatua, etiam iniuſta & temeraria excuſat à dolo Accurſ. §. *final. ff. de abig.* & Angelus in *l. plagij C. ad Leg. Fab de plagiar.* proinde ob latam culpam, ex famoſo delicto damnatus, non fit infamis.

Cæterum his rationibus nil penitus motus, intrepide ſtatuo: eum qui ob latam culpam ex crimine famoſo damnatus eſt, non minus fieri infamem, ac ſi ob dolum damnatus fuiſſet. Et ita quoque Donellus **18. com. 8.** Vdalric. Zaſius *lib. 1. ſing. Reſponſ. 2. num. 26.* Duarenus *ad l. 5. de in lit. iur.*

Quia ob dolum damnatus fit famoſus *l. 1. ff. de his qui not. infamia d. §. ſuſpectus Inſtitut. de ſuſpect. tut.* atqui doli nomine comprehenditur lata culpa, quia imo lata culpa eſt dolus *l. 1. §. ſi vero. ff. de obligat. & act.* in qua dicitur, magnam negligentiam in doli crimen cadere. Et in *l. quod Nerua 32. ff. depoſiti.* ait Celſus. *Quod Nerua diceret latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat; mihi veriſſimum videtur: nam etſi quis non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt, niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret; nec enim ſalua fide minorem ijs, quam ſuis rebus præſtat.* In *l. Magna. ff. de V. ſignif.* Paulus ſcribit, *Magna negligentia culpa eſt, magna culpa dolus eſt.* Quin etſi doli appellationi adiecta ſit particula taxatiua, nihilominus latam culpam continet: Sic enim in *l. 1. §. 1. ff. ſi menſor falſum.* ait Ictus Vlpianus, actionem, quæ aduerſus menſorem, falſum modum renunciantem, competit, dolum malum duntaxat exigere; viſum enim eſſe ſatis abundeque coërceri menſorem, ſi dolus malus ſolus conueniatur; ſubijcit tamen Vlpianus latam culpam dolo comparatam. Pari modo in *l. 1. §. 8. ff. depoſit.* dicitur depoſitorium dolum malum duntaxat præſtare debere: & tamen eundem de lata culpa quoque actione depoſiti conueniri, expreſſe ſtatuitur in *l. 31. ff. eod. titu.* porro in *l. 9. §. 3. ff. de precar.* ait Vlpianus; *eum, qui precario rogauit, culpam non præſtare, ſed ſolum dolum, ſatiſque eſſe ſi dolum tantum præſtet.* Et nihilominus tamen ſubijcit, culpam dolo proximam precario contineri.

Quapropter cum doli appellatione non ſolum veniat culpa lata, ſed ſit etiam dolus, idcirco, quando ſuſpectus tutor ob dolum à tutela remotus famoſus eſſe dicitur, ſignificatur, eundem ob latam etiam culpam remotum, famoſum eſſe.

Nec eſt, quod hic excipiant diſſentientes, dolum ſub ſe comprehendere latam culpam in contractibus, non etiam in delictis, propter *l. 7. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* ibi Paulus ait: *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*

Nam quod in delictis quoque lata culpa ſit dolus, vel certe pro dolo habeatur, probat *d. l. 1. §. 1. ſi menſor falſum modum dixerit:* delinquit enim menſor falſum modum renunciando, Et tamen, licet ibi ob ſolum dolum conueniri dicatur, ob culpam latam eum teneri nihilominus, ibidem aſſeritur. Idem plane confirmat *l. liberorum 11. §. fin. ff. de his qui not. infam.* vbi is, qui intra tempus, quo virum defunctũ elugere moris eſt, viduam duxerit vxorẽ, notatur infamia, etſi ius ignorans putauerit, id ſibi per leges facere licere: atqui hæc imperitia non eſt dolus: nemo enim conſulto accerſit ſibi imperitiam, vt per hanc alium fallat; quæ doli deſcriptio eſt in *l. 1. ff. de dolo*: ſed cum negligentia & ſocordia non curaſſet ius cognoſcere, factum eſt per eam imperitiam, vt aliquid contra ius committeret, idque ſine dolo, cum id faceret, quod ſerio putaret ſibi licere; ignorantia proinde iuris non eſt dolus:

Digitized by Google

dolus: eſt tamen lata culpa, quia lata culpa eſt ignorare quod omnes intelligunt, aut intelligere debent *leg. lata. de Verb. Signific.* At ignorantia iuris eſt talis, cum ius publicum omnes ſcire debeant *leg. leges ſacratiſſima Cod. de legibus.* Inſuper comprobat hoc quoque *lex qui ædes. 9. ff. de incend.* in qua Gaius incendium, latâ culpâ factum, puniri iubet: ita enim ſcribit: *Qui ædes aceruumque frumenti, iuxta domum poſitum, combuſſerit, vinctus, verberatus igni necari iubetur, ſi modo ſciens prudenſque commiſerit, ſi vero caſu, id eſt negligentia, aut noxam ſarcire iubetur, aut ſi minus idoneus ſit, caſtigatur.*

Nec refragatur *dict. l. in lege 7. ff. ad l. Corn. de ſicar.* ex qua ſuperiorem, inter contractus & delicta diſtinctionem ſumunt.

Reſpond. Etenim diſtinguendum puto inter delicta capitalia & non capitalia; ſic vt in illis lata culpa doli appellatione, quoad ordinariam infligendam pœnam, non veniat, quia ſatis eſſet durum & atrox pœnam mortis, propter ſupinam negligentiam, infligi. In criminibus vero non capitalibus, aut capitalibus etiam, quoad pœnam ſcilicet non capitalem infligendam, lata culpa pro dolo habeatur. Atque hanc diſtinctionem probant leges ſupra adductæ, vt *l. 1. §. 1. ff. ſi menſor falſum mod. dix. leg. 11. §. fin. ff. de his qui not. infam. l. & inprimis l. 9. ff. de incend.*

Aliter diſtinguit Vdalricus Zaſius, inter culpam latam ignauiæ & latam culpam verſutiæ: vt illa quidem dolus non ſit, hæc vero, non modo in contractibus, ſed in delictis etiam ſub dolo comprehendatur. Culpam autem ignauiæ appellat ſupinam negligentiam, vel vitio naturæ parum perſpicacis, vel ex praua educatione contractam, culpam latam verſutiæ dicit eorum eſſe, qui ex verſuto & malo propoſito animoque perfido & exulcerato alienas vel res, vel negocia, affectatâ quadam improuidentiâ maligne, vel negligunt, vel diſſimulant.

Verum vtrum diſtinctio hæc ſuſtineri queat, valde dubito. 1. Quia culpa illa lata, quam verſutiæ appellat, eſt nihil aliud, quam dolus, vt ſatis demonſtrat *lex 1. ff. de dolo malo.* 2. Culpa illa lata, quam ignauiæ appellat, in pœnalibus dolo comprehendi probat *l. 11. §. fin. Digeſt. de his qui not. infam.* vbi iuris ignorantia, vt dolus punitur, quam tamen non latam culpam verſutiæ; ſed potius latam culpam ignauiæ & ſocordiæ eſſe, ex prædictis pluſquam manifeſtum eſt. Euincit idem *dict. l. qui ædes. 9. ff. de incendio.* Probat id ipſum quoque *lex 32. ff. depoſiti.* in qua expreſſe agitur de lata culpa, quæ ex ſocordia & ſupina negligentia deſcendit. Et deniq; relucet idem ſatis ſuperque ex *leg. 1. §. 5. ff. de obligat. & act.* vbi dicitur, magnam negligentiam in doli crimen cadere. Videndum nunc eſt, quidnam ad ſuperioris opinionis fundamenta, quibus ob latam culpam damnatum infamem non fieri, probare nituntur; reſpondendum ſit: non autem difficilem reſponſionem fore, exiſtimo.

Nam ad primum ex *dict. §. ſuſpectus,* petitum reſpondeo, ex hactenus dictis ſatis liquere, argumentum iſtud noſtræ opinioni non obſtare. Nam ibi ſub dolo lata culpa comprehenditur & vocabulo culpæ, non lata, ſed leuis culpa intelligitur; vt perinde ſit ac ſi Imperator dixiſſet; ſuſpectum tutorem remotum, ſiquidem ob dolum & latam culpam fieri infamem, ob culpam leuem vero non item.

Idem quoque ad ſecundum reſpondendum eſt: quando enim illis in legibus, in quibus tutor remotus infamis fieri dicitur, ſolius doli fit mentio, non excluditur lata culpa, vt quam tunc etiam, cum lex taxatiue loquitur, doli no-

mine exprimi, ſupra prolixe demonſtratum eſt.

Sic etiam tertium non magni momenti eſt: quod enim dicitur odia eſſe reſtringẽda, id verum eſt in dubio: nos autem hic non in dubio, ſed in re perſpicua, certa, & manifeſta verſamur, vti ex prædictis conſtare ſpero. Deinde reſtringenda ſunt odia, quatenus leges id patiuntur: leges autem non permittere *dict. §. ſuſpectus.* remotum tutorem ſuſpectum infamia notatem, ad ſolum dolum, reſtringi ex illis, quæ hactenus dicta ſunt, itidem liquere puto. Denique leges pœnales, quamuis ex parte delinquentis, cui pœnam decernunt, odioſæ ſint, fauorabiles tamen ſunt ex parte eius, cui ius ſuum tuentur; & maxime lex illa, quæ ſuſpectum tutorem remotum infamiâ notat, ex parte pupillorum fauorabilis eſt, quoniam non modo ipſorum pupillorum, ſed & Reipublic. intereſt, res pupillares bonâ fide adminiſtrari ac tutorum perfidiam coerceri.

Ad quartum reſpondeo, vitam & famam pari paſſu ambulare vbi eadem vtriuſque, non vbi diuerſa eſt ratio, vt hîc. Deinde locum id ſibi vindicare, quotiens de libertatis agitur fauore, non vbi de pœnis irrogandis tractatur: nam pœnam mortis longe grauiorem & acerbiorem eſſe, pœnâ infamiæ ex *leg. Capitalium. ff. de pœnis.* liquet: illic enim in primo grauiſſimarum pœnarum gradu vltimum ſupplicium, ſeu pœna mortis; in tertio vero & infimo gradu pœna infamiæ conſtituitur.

Ad vltimum reſpondeo, ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam non incidere in latam culpam, niſi ſupinæ ſint, aut vero in rebus alienis tantum, in propriis vero rebus adminiſtrandis non item, deprehendantur.

Lit. D. Ex hiſce porro famoſis actionibus in-
Qu. 45. famiam quis euitare poteſt, ſi pœnam pecuniariam, quæ per ſententiam imponi poteſt, offerat ante ſententiam condemnatoriam *l. ſi reus paratus. ff. de procurator.* vt ſi, verbi gratia, conuentus actione furti offerat duplum aut quadruplum in quo per ſententiam erat, iure ciuili, damnatus, aut conuentus actione iniuriarum paratus ſit æſtimationem iniuriæ dare, tum eiuſmodi pœnam realiter offerens, aut nolente aduerſario recipere, apud acta deponens *l. 9. C. de ſolut.* liberatur pœna infamiæ. *Quando oblatione deluti infamiam reus eximitur?*

Et ratio huius expedita eſt, quod infamia, ex prædictis cauſis & criminibus non irrogetur niſi damnatis *d. l. 5. §. fin.* Atqui damnari ſententia iudicis nõ poteſt, qui ſoluere & ſatisfacere parat⁹ eſt: quocirca hic nec infamia notari poterit ex præfatis criminibus.

Et hoc quidem dubium penitus nullum habet: verum quonam tempore oblatio fieri debeat, vt infamiæ pœna reus liberetur, non perinde inter iuris interpretes conſtare videtur.

Sunt enim quidam, qui putant oblationem fieri oportere ante litis conteſtationem, ita Coſtalius in *l. 6. hoc tit.* Bartolus in *l. 22. ff. eod. tit.* quos ſequitur, hoc loco, Autor noſter.

Fundamentum conſtituunt prius in *l. 37. ff. de procurat.* in qua Paulus ita ſcribit: *Si reus paratus ſit ante litem conteſtatam, pecuniam ſoluere, procuratore agente, quid fieri debet? nam iniquum eſt cogi eum iudicium accipere, propter quod ſuſpectus videri poteſt, qui præſente domino non obtulit pecuniã: quid ſi tunc facultatem pecuniæ non habuit? numquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim ſi & famoſa ſit actio? & conſtat vt ante litem conteſtatam præſes iubeat in æde ſacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis.*

His verbis diſerte Paulus deſiderare videtur, vt oblatio pecuniæ fiat ante litis conteſtationem.

Quod ipſum præterea confirmat Bartolus

Digitized by Google

ſolus & hac ratione quod poſt litem conteſtatam offerens reus, ſoluendo fateri crimen videatur *leg. quoniam. 5. Digeſt. de his qui not. infamia. leg. 5. Cod. de re iudicat.* Atqui paria ſunt confeſſum eſſe de crimine, & eſſe damnatum *l poſt rem iudic. ff. de re iud. l. 1. ff. de confeſſ.* idcirco ſoluens poſt litem conteſtatam pro condemnato haberetur & conſequenter infamis efficeretur.

Cæterum Panormitanus, Pontificij iuris interpres acutiſſimus, ſtatuit, reum ex prædictis cauſis ante ſententiam, quouis tempore, etiam poſt litem iam conteſtatam offerre & ſoluere poſſe, ac ſoluendo infamiam euitare. In quam ſentētiam Donellus quoque inclinat *18. Com. 8.* eamque probare videtur Weſenbec. in *paratitl. nu. 9. de his qui not. infamia.* & mihi vera eſſe videtur.

Etenim confirmat hoc ſatis perſpicue Iuſtinianus in *§. vlt. Inſt. de perpet. & temporal. act.* dum ita ſcribit: Supereſt vt admoneamus, quod ſi ante rem iudicatam is, eum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio iudicis conuenit eum abſoluere, licet in ea cauſa fuiſſet iudicij accipiendi tempore, vt damnari debeat, & hoc eſt ꝙ antea vulgo dicebatur OMNIA iudicia eſſe abſolutoria. Cum itaque in eum, qui ſatisfecerit ANTE SENTENTIAM, aduerſario, ſententia condemnatoria ferri nequeat, conſequens eſt, vt ex criminibus famoſis non reddatur infamis, quoniam condemnati demum ex his cauſis notantur.

Nec huic ſententiæ quicquam detrahunt, quæ pro opinione Bartoli adducūtur, nam *lex 73. ff. de procuratorib.* adeo non refragatur nobis, vt etiam ſentētiam noſtram expreſſe confirmet: nam etſi initio legis dictum fuiſſet, ante litem conteſtatam licere offerre; oſtēdit tamen mox in fine illi⁹ legis ICtus, licere offerre etiam poſt litem conteſtatam; ſic tamen, vt tum non liberetur reus obligatione, ſed res tota dirimenda ſit officio iudicis; ſic autē dirimet iudex, vt ſi animaduertet tantum offerri, quātum debetur; atque hoc modo ſatisfieri actori, feret quidem ſententiam, ſed qua reum non condemnet, ſed abſoluat *d. § vlt. Inſtit. de perpet. & temporal. act.* Ita enim conſequetur iſta oblatione reus vt liberetur infamia, qua non notātur abſoluti, ſed condemnati.

Ad alterū Bartoli fundamentū reſpōdetur cōfeſſionem iudicialem nō haberi pro condemnatione, ſic vt vbi cōdēnatio requiritur, ibi cōfeſſio iudicialis ſufficiat, ſed haberi dūtaxat pro probatione, ſic vt res in iudicio crimen confeſſus pro conuicto ſolum habeatur. Idq; ex eo intelligere licet, quod poſt confeſſionem iudicialiter factam, condēnatio adhuc requiratur *l. 5. ff. de cōfeſſ.* At ſi cōfeſſus ſimpliciter & abſolute haberetur ꝓ dānato, quid vlteriori dānatione & ſentētia op⁹ eſſet?

Nec obſtat *l. 3. & l. 6. §. 2. ff. de confeſſis,* vbi dicitur quod confeſſus pro iudicato habeatur: nam id hoc reſpectu ſaltem dicitur, quia in confitentem non ſunt aliæ iudicis partes, quam vt condemnetur.

Quin & poſito eo, quod qui ſoluit cōfiteatur crimen: confeſſionem tamē huiuſmodi adeo nō debere nocere reo, ipſe Iuſtinianus arbitratur, vt ei quoque ad abſolutionem prodeſſe velit *d §. fin. Inſtit. de perpet & tempor. act.*

Non obſtat præterea huic noſtræ aſſertioni, quod ſi tranſactio iudicialis ſuper criminibus huiuſmodi infamat ob præſumptam confeſſionem, multo magis infamare debeat ſolutio, *arg. l. penult. C. de re iudicat.* prius autem ſit verum ex *l. 4. §. fin. & l. 5. hoc tit.* igitur & poſterius.

Reſpond. Nam de paciſcente & tranſigente hoc ſtatutum eſt expreſſe conceptum vt reddatur infamis: at de ſoluente non item, de quo potius cautum eſt iure, vt liberetur, ſi ante ſententiam ſatisfecerit aduerſario.

Eſt præterea diuerſa ratio paciſc[illegible]

ut transſigentis & ſoluentis: nam hic ſatisfacit deſiderio aduerſarij dum præſtat quod petitur: at paciſcens vel transſigens deſiderio aduerſarij non ſatisfacit, nec quod actione petebatur, præſtat.

Non me fugit Socinum diſtinguere circa propoſitam cōtrouerſiam hoc modo, vt ſi cauſa ſit ipſo iure famoſa, tum ante litis conteſtationem neceſſaria ſit oblatio: ſin vero talis ſit cauſa, ex qua iudicis demum ſententia & condemnatione infamia irrogetur, tum etiā poſt litis conteſtationem, ante ſententiam offerri ſufficiat.

Veruntamen diſtinctionem hanc probare nō poſſum, propterea quod in cauſis, ipſo iure infamantibus, oblatio ab infamiæ nota liberare non poſſit, cum hîc non de irroganda, ſed de irrogata infamia agatur.

Lit. E. & F. Non ſolum autem infamiâ notatur, qui ex famoſis criminib⁹ damnatus fuerit, ſed qui ex quibuſdam contractibus fuerit, ob fidem ruptam damnatus. Veluti qui pro ſocio, tutelæ, depoſiti, mandati fuerit damnatus, directo iudicio *l. 6. §. 6 & 7. ff. de his qui not. infamia §. pen. Inſt. de pœn. tem. litigant.*

Cur autem in his potius, quam aliis bonæ fidei iudiciis damnato infamia irrogetur, ratio haut obſcure ſignificatur in *l. 6. §. vlt. ff. de his qui not. infamia*, quia videlicet in iis agitur de perfidia, ſiue de fide rupta, & non de ſimplici dolo.

In contrariis itaque iudiciis non ſunt infames, quia in illis non de perfidia, ſed de calculo agitur *d. l. 6. §. 7.*

Etenim contrario iudicio non conuenitur quis de perfidia, quoniam qui hoc tenetur iudicio nihil fecit, quo falleret eum, qui tutelam, mandatum aut depoſitum, vltro ſuſcepit; ſed nec quicquam recepit ſe facturum.

De calculo agi dicitur, cum de eo, propter ſuſceptum officium alicui abeſt agitur. Hanc enim pecuniam ideo calculum vocat ICtus, quia quantum id ſit, quod viciſſim debetur, ſubiecto calculo & poſita ratione accepti & expenſi, cognoſcitur.

Et hoc eſt, quod Vlpianus ſcribit in *l. 5. pr. ff. depoſiti.* in contrario iudicio non de fide rupta agi, ſed de indemnitate eius, qui officium ſuſcepit.

Obſeruandum vero eſt, ſic demū prædictis iudiciis damnatum fieri, infamem, ſi de dolo fuerit damnatus.

Quæ conditio, etſi omiſſa fuerit in edicto, ratio tamen ſuadet, eam ſubintelligi, quoniam ideo non contrariis iudiciis damnatus nō notari infamia dicitur, quia in illis de perſona conuenti non agitur *d. leg 6. §. fin. ff. de his qui not infamia.* Cui eſt conſequens, quod ſi in directis iudiciis de perfidia & dolo alicuius non agatur, tum damnatus infamia non notetur.

Quin etiam hoc diſerte probat *§. ſuſpectus, Inſtitut. de ſuſpectis tutor.* vbi Iuſtinianus, *Suſpectus*, ait, *tutor remotus, ſi quidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque.*

Quod cum in tutore ita conſtitutum ſit, qui ob perfidam adminiſtrationem à tutela nondum finita remouetur; multo magis in eo tutore recipiēdū eſt, qui integra tutela peracta conuenitur tutelæ. Porro ſi hoc in iudicio tutelę admittitur, quæ cauſa eſſet, cur non in cæteris bonæ fidei iudiciis, in quib⁹ æque de fide rupta agitur, admitteretur? Donell. *18. comm. 8.*

De lata culpa idem plane dicendum, vt quæ dolo comparetur & doli nomine comprehendatur, non modo in contractibus, ſed in delictis etiam, vt paulo ſupra luculenter oſtenſum fuit, & diſerte probat *l. 32. ff. depoſiti.*

De leui culpa idem aſſerendum non eſt: omnis ſiquidem infamia, turpe aliquod facinus pręſupponit, ob quod irrogetur: ſiquidem abſurdū eſt dedecore & infamia aliquē coerceri, qui turpe nihil admi-

Digitized by Google

admiſit: atqui culpa leui peccare & ſolita in ſuis rebus negligentia, infirmitatis & ignorantiæ vitium eſt, non vllius turpitudinis, vt quæ in optimos etiam viros cadere poſſit, benè ſcribit Donellus *d. cap. 8.* Hæc proinde leuis culpa infamiæ notam non irrogat.

Et quanquam edictum generaliter ex prædictis iudiciis damnatum infamia notari aſſerat, nec diſtinguat vtrum de dolo ſit damnatus, an vero de culpa: ratio tamen ipſa ſic diſtinguere iubet: ratio, inquam, ſuperior, qua de leui culpa damnatum infamem non reddi probatum fuit. Cui accedit & iſta, quod cum edictum nolit ex delicto damnatum aliter infamem fieri, quam ſi de dolo fuerit damnatus *l. 1. Digeſt. hoc tit.* conſequens eſt ex contractu depoſiti, mandati, ſocietatis & tutelæ damnatum non aliter infamiam ſequi, quam ſi de dolo malo damnatus fuerit.

Nec refragatur *l. in re mandata. Cod. mandati.* Vbi Conſtantinus itidem indiſtinctè ſcribit: *In re mandata non pecunia ſolum, cuius eſt certiſſimum mandati iudicium, verum etiam exiſtimationis periculum eſſe.*

Recte enim ad hoc Donellus reſpondet: non aſſerere Conſtantinum in mandati iudicio damnatū eſſe infamem: ſed in re mandata eſſe periculum infamiæ: At hoc id tantum ſignificatur, in re mandata periculum eſſe, ne damnatus infamiam incidat: quod qui dicit, non dicit damnátum infamem eſſe, ſed fieri poſſe, vt infamis fiat, & metuendum eſſe, ne infamis fiat, ſi videlicet dolum malum aut latam culpam commiſerit.

Lit. G. Præterea infamia notatur publico iudicio damnatus: ſic enim Macer Iuriſconſultus in *l. 7. ff. de public. iudic.* infamem ait, non ex omni crimine ſententia facit, ſed ex eo, quod publici iudicij cauſam habuit.

Et quanquam edicto hac de re nihil ſit cōprehēſum: quia tamen adeo expreſſe cautum eſt in *d. l. 7.* idcirco veriſimile eſt in aliqua alia lege vel conſtitutione, quæ hodie amplius non extat, id expreſſum fuiſſe; id quod etiam Donellus *d. cap. 8.* ſuſpicatur.

Hinc eſt, quod ſepulchri violati actio infamiam irrogare dicitur in *leg. 1. Digeſt. de ſepulchro violat.* quoniam, vt Macer Iuriſconſultus ſcribit: Sepulchri violati crimen poteſt dici ad L. Iuliam de vi publica pertinere ex illa parte, qua de illo cauetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur ſepeliaturue, quia & qui ſepulchrum violat facit, quo quis minus ſepultus ſit. *l. 8. ff. de ſepulchro violato.* Lit. H.

Pari modo expilatæ hereditatis crimine damnatus infamis exiſtit. Ita diſertè Alexāder Imperator: Si te expilaſſe hereditatem ſententia præſidis conſtiterit: non ex eo, quod non & alia pœna tibi irrogata eſt, furti improbioris infamiam euitaſti? *l. 12. Cod. ex quib. cauſis infamia.* Lit. I.

Ratio autem, ob quam hoc crimen famoſum eſt, in modò adducta *l. 12.* indicatur, quia videlicet improbioris furti ſpecies ſit.

Etenim expilaſſe hereditatem dicitur, qui rem hereditariam, hereditate iacente, abſtulerit animo fraudulendo lucri faciendi cauſa, qui licet fur proprie dici non poſſit, quoniam nullius in bonis res hereditariæ tum temporis fuerunt, *l. 68. §. 1. l. 70. de furt.* furi tamen ſimilimus eſt, vt ex adducta deſcriptione liquet. Conſtat autem inter omnes, furti damnatum infamia notari *l. furti ff. de his, qui not. infam. l. 7. de public. iud.* Merito itaque ex hoc expilatæ hereditatis crimen, furto affine.

His addendus eſt, ex Autoris noſtri ſententia, Notarius de illicitis rebus inſtrumentum conficiens: hunc n. infamē reddi etſi legib. noſtris ciuilib. cautum nō reperiatur; nouiſſima tamen Imperij conſtitutione, ab Autore allegata cōfirmatur

Digitized by Google

Lit.K. *Qu.* 46. *An relegatio infamet?*

Cæterum ictus fuſtium per ſe non infamat, ſed cauſa propter quam hæc pœna infligitur, ſi ea fuit, quę infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma ſtatuta eſt, ait Marcellus in *l. ictus fuſtium 22. ff. de his, qui not. infamia.*

Hinc rectè concluditur de relegatione, quod illa non infamet niſi ex cauſa famoſa irrogata fuerit; vnde ſi quis propter adulterium, furtum, crimen falſi, expilatę hereditatis, propter rapinam &c. fuerit relegatus, fit infamis: ſin vero propter digladiationem & duellum, aut excitatos tumultus nocturnos quis relegetur, infamia non notatur. Quæ ſententia longe veriſſima eſt.

Huic obijcitur *leg 28. §. 1. Digeſt. de pœnis.* Nam ibi Calliſtratus Iuriſconſultus ita ſcribit: *Cætera pœna ad exiſtimationem & non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus vel in perpetuum.* Vnde, cum relegationis pœna dicatur ad exiſtimationem ſpectare, inferendum & concludendum videtur, quod infamiam ſemper importet, ex quacunque etiam cauſa irrogetur, ſiue famoſa, ſiue non-famoſa.

Opponitur conſimiliter *lex 5. §. 2. Digeſt. de extraordin. cognit.* in qua Calliſtratus Iuriſconſultus, *Minuitur*, inquit, *exiſtimatio, quotiens, manente libertate circa ſtatum dignitatis pœna plectimur, ſicuti cum relegatur quis vel ordine mouetur.* Cum igitur per relegationem exiſtimatio minuatur, ſequitur quod infamiam importet, cum infamia ſit exiſtimationis minutio, vel conſumptio *dict. leg. 5. §. 2. & 3.*

Verum ad haſce obiectiones non admodum difficile eſt reſpondere: quod enim in adductis locis relegatio dicitur ad exiſtimationem pertinere, itemque exſtimationem minuere, id ita accipi debet, ſi cauſa quoque relegationis famoſa ſit, iuxta *d. l. 22. ff. de his, qui not. infam.* Textus ſiquidem cum textu conferri, & textus generaliter loquens, ex textu diſtinguente reſtrictionem, limitationem & interpretationem recipit *l. in toto ff. de R. iur.* Quocirca cum in adductis textibus non explicent Iuriſconſulti, quando relegatio ad exiſtimationem ſpectet, eandemque minuat; ex alijs textibus, hoc explicantibus, deſumendum. Et hanc interpretationem mire confirmat, quod in *d. §. 2. l. 5.* relegatio cum ictu fuſtium coniūgitur, quem non aliter infamiam importare conſtat, quam ſi ex cauſa famoſa fuerit irrogatus.

Præterea quod in *d. l. 28.* dicitur relegatio ad exiſtimationem pertinere, hoc ita ex *d. l. 5. §. 2. ff. de extraordin. cognit.* intelligendum eſt, quod pertineat non ad conſumendam eam, ſed minuendam duntaxat: *Minuitur*, ait Calliſtratus, *exiſtimatio cum circa dignitatis pœnâ plectimur, veluti cum relegatur quis &c.* Iam vero ex ſupra dictis abunde conſtare puto, infamiam non irrogari cū exiſtimatio minuitur duntaxat, ſed tunc demum illam inferri cum conſumitur in totum. Proinde nec ex *d. l. 5. §. 2.* ſententia contraria robur nanciſcitur, quin potius funditus euertitur.

Non equidem inficior relegatione exiſtimationem minui, pudorem grauari, maxime apud bonos & graues viros, ſicut etiam pœnâ ictus fuſtium, & quacunque alia; verum hoc infamiam eſſe dicendum Marcellus in *dict. leg. ictus fuſtium Digeſt. de his qui not. infam.* inficiatur Papinian. in *l. 20. ff. eod.* & ſupra quoque euidenter demonſtratum, nullam exinde naſci facti infamiam.

RESOLVTIO THESIS
Octaua & vltima.

DE INFAMIA IVRIS hactenus plus ſatis: infamiam FACTI vulgo de- *Lit.A.*

Digitized by Google

gò definiunt eam, qua opinio alicuius apud graues & honeſtos viros læditur. Eamque dicunt contrario facto, honeſto videlicet ac laudabili rurſus tolli & aboleri *arg. leg. 2. de obſeq. par. l. 20. Digeſt. de his qui not. infamia & l. 27. C. de inoffic. teſtament.* Idque propterea, quod nihil tam naturale ſit, quam vnum quodque eo genere diſſolui, quo colligatum & contractum eſt *§. 1. I. quibus mod. obligat ſolu.* Sed adductis legibus nihil huiuſmodi reperio.

Quanquam inficias non eam, maculam iſtam, quæ alicui turpi aliquo facto aſpergitur, quamque vulgo infamiam facti appellitant, elui contrario facto honeſto atque laudabili; ſed maculam iſtam facti infamiam eſſe, nego atque pernego: *arg. leg. ictus fuſtium l. 22. Digeſt. de his qui not. infam. l. eos. ff. de decurionib.* vide quæ ſupra ſub *theſi 4. Lit. A.* ſunt dicta.

Hinc fruſtra & otioſe de ſpeciebus eius & gradibus quæritur: negato quippe genere, negantur quoque ſpecies, ſub eo genere contentæ.

Lit. B. Speciem infamiæ facti conſtituunt Dd. ſi quis à iudice increpatus fuerit, per textum in *leg. 20. Digeſt. de his qui not. infamia.* Nam ibi Papinianus ob hæc verba ſententiæ præſidis prouinciæ; *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*: pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari, hinc quia dicitur pudorem onerari increpatione iudicis, exiſtimat Autor noſter, opinionem communem ſecutus, infamiam protenus facti importari.

Sed hanc ſententiam refellit potius Iuriſconſultus Papinianus in ea *l. 20.* dum ſimpliciter, generaliter & indiſtinctè negatur, increpatione iudicis ignominiam irrogari.

Nec ſane ſequitur pudor alicuius grauatur: Ergo infamia facti irrogatur: tum quia hoc loco ignominia, in genere, grauato pudori opponitur: tum etiam quia in *l. 27. Cod. de inoffic. teſtament.* infamia in genere opponitur turpitudinis & leuis notæ maculæ. Tum denique quia non in vno loco iuris noſtri expreſſe Impp. profitentur, increpationem iudicis infamiam non irrogare, licet pudorem grauet: Sic enim Gordianus in *l. 17. Cod. ex quibus cauſis*: *Verbum precibus inſertum potius verecundiam onerare, quam* V L L A M *exiſtimationis maculam videtur aſpergere.*

Etenim cum non cauſa cognita dictum eſt ἰσυκοφάντως, *ſed ad poſtulatum Patroni interlocutione iudicis reſponſum ſit, nequaquam hoc infamiam irrogat.* Et Impp. Carinus & Numerarius in *leg 19 Cod. eod. tit. Interlocutio præſidis, quæ indicta eſt infamem eum, de quo quæris feciſſe non videtur. Cum non ſpecialiter ob iniuriam & admiſſam vim condemnatus ſit, ſed ita præſidis verbis grauatus & admonitus, vt ad melioris vitæ frugem ſe reformet.*

Hic obſeruandum quod Imperatores abſque vlla infamiæ diſtinctione, generaliter pronunciant, infamiam non irrogari iudicis increpatione: item quod Gordianus negat increpationem iudicis V L L A M exiſtimationis maculam aſpergere.

Proinde neceſſariò hinc concludendum, iudicis increpationem infamiam non importare.

Idemque dicendum, ſi quis in teſtamento à teſtatore perſtringatur, Alexander Imp. *Ea*, inquit, *quæ pater teſtamento ſuo filios increpans ſcripſit, infames quidem filios non faciunt, ſed apud bonos & graues opinionem eius, qui patri diſplicuit, onerant.* *Lit. C.*

Ecce hîc negatur aperte, quod increpatio patris infamiam importet. Non igitur aſſentiri poſſum autori, qui facti in-

Digitized by Google

famiam per increpationem patris irrogari ſtatuit: quamuis apud honeſtos & graues viros eius pudor & exiſtimatio per hanc grauetur.

Qu. 47. *An ceſsio bonorum infamet?* Sed quid de bonorum ceſſione dicendum? Anne & hæc infamiam importat? Et de hac re extare videntur diuerſæ ac diſcrepantes legum noſtrarum ſententiæ: nam in *l. 11. Cod. ex quibus cauſis infamia.* Alerander Imp. conſtituit eam cedenti bonis nullam irrogare maculam oportere: *Debitores*, inquiens, *qui bonis ceſſerint, licet ex ea cauſa bona illorum venierint, infames non fiunt*, & in *l. vlt. qui bonis ced poſſunt.* Iuſtinianus diſerte reſcribit: *bonorum ceßionem fieri ſalua debitorum exiſtimatione*: quo ſatis innuitur, nullam infamiam, ac ne facti quidem irrogari bonis cedenti: alias enim ſalua eius exiſtimatio, non maneret.

Contrà verò, quod ceſſio bonorum infamiam irroget, ſi non iuris, facti tamen, dicendum videtur ex *nouella 135. cap. 1.* vbi ceſſio bonorum ignominioſa dicitur. Et in *§. 1. quibus ex cauſis manumit.* bonorum venditio debitori notam aliquam apud bonos viros adferre aſſeritur.

Quin & Cicero teſtatur; decoctores bonorum poſt proſcriptionem & venditionem ſub haſta, infames eſſe, dum in Orat. pro Quintio ita ſcribit: *Ergo hercle cuius bona ex edicto poßidentur, huius omnis fama & exiſtimatio cum omnibus bonis poßidentur.*

Hæc ita conciliare nititur Autor noſter, vt bonorum ceſſio tum infamet, quando ſuo vitio & culpa affectata decoquunt bona *d. nouell. 135. & d. §. 1. l. quibus ex cauſis manumit.* Non etiam ſi fortunæ vitio abſque culpa propria ad inopiam rediguntur.

Quæ conciliatio, vtrum locum habere & ſubſiſtere poſſit, valde dubito propter generalitatem ſuperiorum textuum, quibus indiſtinctè negatur, debitori bonis cedenti, vllam inuri infamiæ maculam: maxime cum is, qui fortunæ iniuriâ ad inopiam redactus eſt, cogi non poſſit bonis cedere *d. nou. 135.* Igitur cum Hotomanno & Weſenbecio exiſtimo ſimpliciter & indiſtinctè aſſerendum, ei qui bonis ceſſit, ſiue propria culpa, ſiue fortunæ iniuria coactus, nullam inde infamiæ notam inuri.

Nec obſtat, quod dicitur in *d. nouell. 135.* ceſſio bonorum ignominioſa: hinc ſiquidem inferre non licet, quod etiam famoſa ſit: nec enim quicquid ignominioſum, idem quoque famoſum. *arg. l. 22. ff. de his, qui not. infam. l. eos. Dig. de decurionibus.*

Vt taceam quod *d. §. 1. l. quibus ex cauſis manumit. non lic.* non de ceſſione, ſed de bonorum venditione publica, quæ ſub haſta fieri conſueuerat, loquatur. De qua etiam accipi debet locus Ciceronis ſupra adductus.

Effectus infamiæ præcipuus hic eſt, quod dignitates omnes excludat, portas dignitatum iis occludat quibus adhæret, ita vt qui eâ laborat, ad honores, ad officia cum dignitate coniuncta, non admittatur: id quod aperte reſcripſerunt Imperatores in *l. 2. C. de dignitat. Neque famoſis & notatis, aut quos ſcelus aut vita turpitudo inquinat & quos infamia ab honeſtorum cœtu ſegregat dignitatis porta patebunt.* Et in *l. 3. C. de re militari. Milites ignominia miſſi cum infamia notentur, nullis honoribus qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent, vti poſſint. Habeant autem morandi, vbi velint, poteſtatem, præterquam in ijs locis, in quibus ſpecialiter arguentur.* Lit. D.

Hôc vero etſi vulgo ad eam maculam, quam facti infamiam nominant, porrigere conentur, illis tamen valde refragatur *l. 12. ff. de decurion.* vbi Calliſtratus: *Eos*, ait, *qui vtenſilia negociantur & vendunt, licet ab ædilibus cæduntur, non oportet quaſi viles perſonas negligi. Denique non ſunt prohibiti huiuſmodi homines decurionatum vel aliquem*

liquem honorem in ſua patria petere: nec enim infames ſunt.

Qu. 48. *An infamis poſſit creari tabellio.* Cæterum cum munus tabellionum ſiue Notariatus non ſit aliqua dignitas, quæſtio hîc ſuboritur, anne infamis tabellio creari poſſit?

Pro affirmatiua ſententia facit primo, quod tabelliones olim ſerui publici fuerint *l. Non aliter. ff. de adopt. l. 2. Cod. eod. §. 3. I. eod. tit.* Atqui ſerui fuerunt homines viliſſimi leuiſſimi ac famoſiſſimi: proinde cũ ſerui potuerint creari tabelliones, ratio nulla eſt quæ impediat infames quoque tabelliones creari.

Accedit quod decuriones notarij fieri prohibeantur in *l. vniuerſos C. de decurionib.* vbi *vniuerſos*, inquit Imperator, *decuriones volumus à tabellionum officijs temperare.* Hoc autem non alia de cauſa, quam quia vile eſt officium & decurionibus plane indignum. Cui conſequens videtur, infames ab eo arceri non oportere: remouentur ſiquidem ab illis duntaxat officijs, quæ dignitatem aliquam annexam habent, à ſeruilibus autem & famoſis non remouentur.

Quocirca ex his concludendum eſt famoſos quoque fieri poſſe tabelliones, quam ſententiam pleriſque probari ſcribit Weſenbec. in *paratit. l. de his qui not. infam.* eamque & ipſe approbare videtur Weſenbecius, dummodo notarius nomine male geſti officij non ſit notatus infamia.

Equidem autor noſter in contrariam concedit ſententiam, aſſerens infamem à notariatu omnino excludi, cui & Couarruuias in loco citato ſubſcribere videtur, propterea quod officium notarij fidem requirat: Abſurdum autem ſit fidem habere turpi & infamia notatæ perſonæ.

Quæ ſententia & mihi placet, præſertim cum hodie Notariatus dignitatem aliqualem videtur habere annexam.

Nec reſiſtunt argumenta contrariæ opinionis: ad primum enim reſpondeo, ad notariatum olim non fuiſſe admiſſos ſeruos: ſiquidem conſtitutione Honorij & Arcadij ſerui expreſſe prohibentur fieri notarij ſeu tabularij: generali, inquiunt, lege ſancimus, vt ſiue ſolidis prouincijs; ſiue ſingulis ciuitatibus neceſſarij fuerint tabularij, liberi homines ordinentur, neque vlli deinceps ad hoc officium pateſcat aditus, qui ſit obnoxius ſeruituti: quibus verbis aperte remouentur, ac penitus excluduntur à munere tabulariorum omnes, qui ſeruilis ſunt conditionis.

Et quamuis ex hac ipſa lege, quidam demonſtrare conentur, iure pandectarum ad officium Notariatus etiam ſeruos adhibitos fuiſſe, eò quod Honorius & Arcadius hac ſua conſtitutione demum conſtituerint ad notarij munus adhibendos eſſe liberos homines, ac prohibuerint ſeruos admitti; quia tamen conſtitutio huius *l. 3.* non eſt vna ex nouis deciſionibus quæ in priori codice non extiterunt, ſed nouo demum ac poſteriori Codici fuerunt inſertæ; adeoque legib. Pandectarum non eſt poſterior, palam eſt, exinde probari non poſſe, quod tempore Iuſtiniani ac iure Pandectarum ſerui creati fuerint Tabularij, ſiue Notarij. Nec ad rem faciunt textus in contrarium adducti: nam in illis per ſeruos publicos non intelliguntur Notarij, ſiue tabelliones, ſed intelliguntur ſerui in publicum empti, atque ad hoc comparati, vt in publicis miniſterijs haberentur *l. 1. §. ſi ſeruum Digeſt. de quæſtion. l. ſed ſi. §. 4. ff. de in ius vocand.*

Ad ſecundum reſpondetur, etiamſi Impp. iubeant decuriones à tabellionis officio abſtinere, ex ea cauſa, quod tabellionis officium non ſit dignum viris decurionibus: non ex eo tamen ſequitur tabelliones viles eſſe ſimpliciter, ſed reſpectu & collatione facta cum dignitate decurionatus. Atque hoc ita eſſe, clare pate-

Digitized by Google

ſcit ex conſtitutione Conſtantini, quæ extat in Codice Theodoſiano *lib.12.tit.1.* Vniuerſos decuriones volumus à tabellionum officio temperare: nemo autem ad decurionatum vocatus excuſare ſe poterit, eo quod fuerit tabellio: cum & huiuſmodi homines, ſi fuerint idonei, vocari ad decurionatum oporteat: lex enim quæ decuriones à tabellionum officiis voluit ſubmouere, ad decurionatum vocari tabelliones non prohibuit.

Quod ſi itaque ad decurionatum aſpirare poſſunt tabelliones, ſequitur eos infames non eſſe *arg.d.l.12.de decurio.l.2.C.de dignitatib.* Nec adhoc notariatus officium infames admitti.

Lit.E Etſi autem infamia ad honorib. & dignitatibus excludat, non tamen à muneribus vacationem tribuit: ita enim Dioclet.& Maximin.Impp.infames perſonæ: licet nullis honoribus, qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent, vti poſſunt; Curialium tamen vel ciuilium munerum vacationem non habent, ſed ſolennibus indictionibus ob tutelam publicam eos ſatisfacere neceſſum eſt. *l.vnic. C.de infam.*

Et ratio huius perſpicua eſt, quod nempe munera hæc oneroſa ſint, multis cum moleſtiis coniuncta: par autem non ſit hiſce oneribus ſubleuare infamiam, eique prodeſſe, cui nocere debeat.

Quam rationem innuunt iidem Impp. Dioclet.& Maximin.in *l.12.C.de decurionib.* dum aiunt: *Nec infames immunitatem habere, cum hæc priuilegiis non notæ ſint, conuenit.*

Abſurdum quippe eſt priuilegium, honorib. tributum, infamibus prodeſſe: eodemq; priuilegio honores & infamiam gaudere. Infamiæ facti hunc effectum tribuunt, quod is qui ea laborat, pro turpi perſona, quoad querelam inofficioſi, habeatur, ita vt quemadmodum infamibus inſtitutis, fratres habent querelam inofficioſi teſtamenti; ita quoque hi, qui facti laborant infamia, locum faciant inofficioſi quærelæ *l.27.C.de inoffic.teſtam.* Quod de turpibus & leuis notæ macula aſperſis perſonis facilè largior: verum has infamia aliqua laborare non concedo: & contrarium ſupra euidentiſſime demonſtratum eſt.

Vtrum porro Spurij ſint infames, & vtrum ad teſtimonium dicendum infames admittantur infra ſuis locis dicemus.

Finis Diſputationis Octauæ.

VOLV-

VOLVMINIS PRIMI DISPVTATIO NONA,

De

PROCVRATORIBVS ET DEFENSORIBVS.

QVÆSTIO I.

I. *An procurator vniuerſorum bonorum ſit vel cum libera, vel ſine libera?* 601

II. *An procurator in rem ſuam ſit proprie procurator & ſtatuto de procuratore loquente contineatur?* 604

III. *An procuratorē in rem ſuam debitor inuito creditore conſtituere poſſit? Et viceuerſa?* 605

IV. *Quidnam differat procurator ab aduocato?* 608

V. *Quid defenſor differat à procuratore?* 608

VI. *An procuratoris datio ſit actus legitimus?* 609

VII. *An in cauſa ſtatus per procuratorem liceat litigare?* ibid.

VIII. *An in popularibus actionibus poſſit agi per procuratorem?* 610

IX. *An in criminib. publicis actor ſeu accuſator poſſit dare procuratorem?* 612

X. *An ex parte rei in criminalib. iudicijs capitalib. defenſor interuenire poſſit?* 614

XI. *An in iudiciis publicis criminū non capitaliū pro re admittatur defēſor?* 616

XII. *An in cauſis & criminib. infamiæ pœnā irrogantib. procurator ſeu defenſor admittatur?* 617

XIII. *An in cauſis arbitrarijs admittatur procurator?* 618

XIV. *An excommunicatus poſſit dare procuratorem?* 620

XV. *An bannitus per procuratorem ſe defendere poſſit?* 621

XVI. *An procurator in ſecunda ſubſtantia poſſit ſubſiſtere?* 628

XVII. *An procurator poſſit appellationem proſequi?* ibid.

XIIX. *An procurator teneatur ad intereſſe ſi non certiorauit dominum quod ſuccubuerit?* ibid.

XIX. *An procurator ad vnū actum conſtitutus cogatur appellare?* 631

XX. *An quæ vtiliter geſta ſunt à falſo procurat. rata ſint, domino ratificāte?* 633

XXI. *An fœmina iure Saxonico quæ per procuratorem à ſe ordinato geſta ſunt, rata habere poſſit?* 635

XXII. *An fœminæ ſi quid efficaciter agere velint cogantur mariti & curatoris conſenſum adhibere?* ibid.

XXIII. *An vxor poſſit actiones marito ſine curatore mandare?* ibid.

XXIV. *An minores 25. annis poſſint ad litem procuratoris conſtitui?* 636

XXV. *An minor Iuriſperitus gaudeat reſtitutione in integrum.* 639

XXVIII. An

XXVIII. *An fœmina pro liberis poſſit procurator eſſe in iudicio?* 641

XXIX. *An conſtitutio electoralis etiam extra territorium Saxonicũ operetur?* 643

XXX. *An iuratus mulieris contractus ſine curatore ſubſiſtat?* ibid.

XXXI. *An actus mulieris ratificatione curatoris conſiſtat?* 644

XXXII. *An mulier cum marito agens vel contrahens cogatur curatorem adhibere?* ibid.

XXXIII. *An pacem cum aduerſario fœmina ſine curatore facere poſſit?* 645

XXXIV. *An quod mulier ſine curatore egit, ſit ipſo iure nullum?* ibid.

XXXV. *Vtrum id quod mulier ex contractu ſine curatore inito, ſoluerit, condici poſſit?* 646

XXXVI. *An conſtitutio electoralis locum habeat in muliere exercente mercaturam?* ibid.

XXXVII. *An valeat act⁹ ſine curatore à muliere geſtus ſi cedat in euidentem mulieris vtilitatem?* ibid.

XXXIIX. *An locum habeant conſtit. Elector. in contractum nuptiarum & dotis conſtitutione?* 647

XXXIX. *an milites poſſint eſſe procuratores?* ib.

XL. *An potẽtiores poſſint eſſe procurat.* 649

XLI. *An redemptores alienarum litium admittantur procuratores?* ibid.

XLII. *An infames poſſint eſſe procuratores?* 650

XLIII. *An in dignitate conſtitutus poſſit, ſaluâ ſuâ dignitate, eſſe procurator iudicialis?* 651

XLIV. *An coniunctæ perſonæ, quæ dicũtur ſine mandatu procuratores eſſe, tacitum habeant mãdatum?* 654

XLV. *An poſſint procuratores dici?* 655

XLVI. *An & conſors & ſocius eiuſdem litis pro conſorte abſente ſine mandatu admittatur?* ibid.

XLVII. *An in ijs quæ ſpeciale deſiderant mandatum coniunctæ perſona admittãtur ſine mandatu?* 656

XLIIX. *An maritus poſſit eſſe procurator vxoris ſuæ, nõ præſtita cautione rati?* 658

XLIX. *An magiſtratus pro ſubditis ſine mandatu agere poſſit?* ibid.

L. *An amicus pro amico intimo ſine mãdatu poſſit interuenire?* ibid.

LI. *Quando cautio de rato præſtanda ſit à procuratore actoris?* 659

LII. *An procurator rei cautionem præſtet?* 662

LIII. *An cautio rati ſit inſerenda mandato?* 664

LVI. *An reſtitutio in integrum requirat ſpeciale mandatum?* 668

LV. *An mandatum præſumatur ex domini præſentia & taciturnitate?* 671

LVI. *An ex ſola temporis taciturnitate præſumatur mandatum.* 672

LVII. *Si pars aduerſa initio non exegerit mandatum, an iudex ex officio exigere poſſit?* 674

LIIX. *An ſententia in procuratorem falſum lata præiudicet domino?* 675

LIX. *An ſentẽtia in falſum procuratorẽ lata præiudicet falſo procuratori?* ib.

LX. *An mandatum finiatur ſola mandãtis reuocatione?* 676

LXI. *Quid ſi pacto conuenerit, vt mandatum non reuocetur?* 677

LXII. *Quid ſi iuratum ſit pactum?* ibid.

LXIII. *An exoneratio procuratoris fieri poſſit ſine aduerſarij conſenſu?* 679

LXIV. *An res adhuc ſit integra & mandatũ reuocari poſſit, quando poſt rem iudicatam ſatiſdatum eſt iudicatum ſolui?* 681

LXV. *An morte mandantis finiatur mandatum?* 682

LXVI. *Quis ſe obtuliſſe dicatur liti?* 685

LXVII. *An dolus & negligentia procuratoris noceat domino?* 687

LXIIX. *An ſi dominus à procuratore ſuum cõſequi non poſſit, habeat ne reſtitutionem aduerſus aduerſarium?* 688

LXIX. *An contumacia procuratoris noceat domino?* 689

LXXI. An

Digitized by Google

LXXI. *An procuratori debeatur ſalarium?* ibid.
LXXII. *Vnde debeatur procuratori ſalarium?* ibid.
LXXIII. *An ſalarium procuratoris iudicialis debeat annumerari quaſi-caſtrenſibus bonis?* 690

DISPVTATIONIS NONÆ

De

PROCVRATORIB. ET DEFENSORIB.

THESIS PRIMA.

Reſolutio.

Lit. A. PRocurator in iure noſtro generaliter dicitur is, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat, in *l. 1. ff. de procurat.* Atque hic vel eſt iudicialis, vel extraiudicialis: vt n. negotia, q̃ procuratoribus adminiſtranda demandari ſolent, duplicia ſunt, *iudicialia* hoc eſt in iudicio expedienda & *extraiudicialia*, quæ extra iudicium perficienda ſunt: ita quoque procurator, cui hæcce demandantur negotia, rectè in iudicialem diuiditur & extraiudicialem.

Extraiudicialis procurator, rurſus duplicis generis eſt, aut vniuerſorum bonorum, aut vnius alicuius rei ſeu negocij. *d. l. 1. §. 1.*

Qu. 1. *An procurator vniuerſorũ bonorũ ſit vel cum libera vel ſine libera?*

Procurator omnium rerum vel negotiorum itidem duplex eſt: nam aut liberam habet bonorum omnium adminiſtrationem, aut non habet, *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom. §. nihil. I. de rer. diuiſ. & acquir. ear. dom.* Tametſi enim Hugo Donellus, eumque ſecutus Hubertus Giphanius, ſeriò contendant procuratorem vniuerſorum bonorum, quemuis mandatum habere cum libera, vel, quod idem eſt, liberã habere poteſtatem bona ſua adminiſtrandi: adeoque vanam & ab interpp. confictam eſſe illorum ſententiam, qui procuratorem vniuerſorum duplicem conſtituunt, vnum qui liberam habeat adminiſtrandi poteſtatem, & alterum, qui quidem poteſtatem habeat adminiſtrandi vniuerſa bona, ſed non liberam. Veruntamen quominus illis ſubſcribam, faciunt non dubia iuris fundamenta.

Et quidem primo conſtat, procuratorẽ cũ libera poſſe res quaſcunq; alienare, etiam ſine ſpeciali mandatu: Sic enim ICtus in *l. 9. §. 4. ff. de acquir. rer. dom.* Nihil autem ait, intereſt, vtrum ipſe domin⁹ per ſe tradat alicui rem, an voluntate eius alius. Qua ratione ſi cui libera negotiorum adminiſtratio ab eo, qui peregrè proficiſcitur, permiſſa fuerit & is negotijs rem vendiderit & tradiderit, facit eam accipientis.

Id quod totidem verbis Iuſtinianus expreſſit in *§. qua ratione I. de rer. diuiſ.* Et Paulus in *l. 58. ff. de procuratorib.* procuratori cũ libera conſtituto permittit rem domini permutare: *Procurat.* inquiens, *cui generaliter adminiſtratio commiſſa eſt, poteſt exigere, aliud pro alio permutare.*

Atqui permutare eſt alienare *l. 1. ff. de rer. permutat.* Procurator itaque vniuerſorum bonorum cum libera poteſt ſine ſpeciali mandatu quaſuis res indiſtinctè alienare. Procurator vero ſine libera non poteſt ſine ſpeciali & expreſſo mandatu quicquam alienare, exceptis fructibus & iis rebus, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt *l. 63. ff. de procur.* Proinde procurator cum libera

bera & ſine libera non ſunt idem.

2. Accedit, quod infinitis propè in locis iuris noſtri expreſſa fiat mentio procuratoris cum libera, h. e. eius, cui libera vniuerſorū bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, vt in *§. qua ratione I. de rer. diuiſ. l. 9. §. 4. ff. de acquir. domin. l. 58 ff. de procur. l. ſi liberam. C. quod cum eo, cap. 4. de proc. in ſext.* At hoc otioſe & fruſtra, ſi non diſtinctionis gratia id fit, quo ſcilicet inter procuratorem cum libera & ſine libera diſtinguatur.

3. Præterea res ipſa loquitur, quod hæc diuerſa ſint, alicui vniuerſorum bonorum adminiſtrationem committere & alicui liberam bonorum adminiſtrationē mandare. Et quod alicui adminiſtratio demandari poſſit omnium bonorum, ſic tamen vt ei non mandetur libera bonorum adminiſtratio, certum & indubitatum eſſe videtur, & ſatis oſtendit textus in *l. 60. Dig. mandati*, in quo formula mandati cum libera proponitur, & quid in ſe huiuſmodi complectatur mandatum, exponitur, hoc nempe, quod alicui libera bonorum adminiſtratio commiſſa eſt, is omnia facere poſſit, quæ ipſi permittuntur domino.

4. Mandato generali vniuerſorum bonorum non continetur poteſtas tranſigēdi *l. 60 ff de procurat.* vbi ita Paulus ſcribit: ***Mandato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam, & ideo ſi poſtea is, qui mandauit, tranſactionem ratam non habuit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.***

Atqui conſtat procuratorem poſſe ſine ſpeciali mandatu tranſigere, ex *c. 4. de procur. in ſext.* vbi Pontifex: ***Procurator quoque abſque ſpeciali mandatu iuramentum deferre, vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio liberè ſit conceſſa.***

Ex his igitur relinquitur, procuratorem vniuerſorum bonorum rectè diuidi in procuratorem cum libera & ſine libera. Cui ſententiæ non obſtat 1. Quod vniuerſorum bonorum adminiſtratio, quāuis ſimpliciter commiſſa, nihilominus intelligat libera eſſe mandata, quia alioquin non poſſet eſſe vniuerſorum bonorum, quam non liceret exercere in rebus omnibus.

Reſp. nulla quippe conſequentia eſt in hoc Donelli argumento: nec enim ſequitur, liberam non habet poteſtatem adminiſtrandi bona, ergo non habet adminiſtrationem vniuerſorum: item habet vniuerſorū bonorum adminiſtrationem: ergo habet liberam adminiſtrationem: plus enim in cōcluſione eſt, quam in præmiſſis, quoniam adminiſtratio vniuerſorum bonorum eſſe poteſt, quæ tamen nō ſit libera adminiſtratio: ſic enim vniuerſa bona mea alicui adminiſtranda mandare poſſum, vt tamen ei non committam liberam adminiſtrationem illorum.

Non etiam refragatur, quod conſtet, certam & indubitatam rei gerendæ poteſtatem eum accipere, qui ſpecialiter quid mandatum eſt, & mandatum non egreditur, & quidem multò certius, quam ſi generaliter adminiſtratio verbo adiecto, data eſſet, & tamen vbique comparatur procurator, cui ſpecialiter quid mandatum eſt, & procurator vniuerſorum bonorum, ſeu rerum omnium. *l. iuſiurandum §. vult. Digeſt. de iureiurand. l. 1. ſolutum. §. vlt. & l. 1. vel vniuerſorum ſeq. Digeſt. de pign. act. l. nam & nocere Digeſt. de pact.* Quod certo argumento eſſe videtur, non plus eum accipere, cui adminiſtratio, quamuis libera, eſſet permiſſa.

Reſpondendum enim ad hoc argumentum Donelli, procuratorem vniuerſorum bonorum, quotiens comparatur cum procuratore, ſpeciale mandatum habente, toties per procuratorem vniuerſorum bonorum eum intelligendum eſſe, qui liberam habeat ſibi adminiſtrationem demandatam, & quanquam

quam leges adductæ generaliter de vniuerſorum bonorum procuratore loquantur, non vero in ſpecie de hoc qui liberam habuerit adminiſtrationem bonorum, ex collatione tamen *capituli* 4. *de procurator. in ſext.* cum adductis textibus facta, liquidò pateſcit, quod de procuratore cum libera, & non de alio intelligi debeant. Sic enim illic Pontifex; ***Procurator quoquè abſque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio liberè ſit conceſſa***; Et maximè textus prædicti, generaliter & indiſtinctè loquentes, reſtringi debent ad procuratorem eum, cui expreſſe libera adminiſtratio commiſſa eſt, ex *l. 60. Digeſt. mandati.*

Denique non aduerſatur, quod prætere a Donellus obiicit verbum *liberè* nũquam facere, nec eam vim habere, vt res domini pro arbitrio alienare procuratori liceat. Libera enim adminiſtratio non definit eſſe adminiſtratio; pugnat autem cum adminiſtratione rerum non tantum eas donare & perdere, vt eſt in *l. filiusfam. Digeſt. de donat.* ſed etiam res alienare vbi non expedit: adminiſtratione enim conceſſa, res ſunt adminiſtrandæ datæ: qui autem alienauit, deſinit habere, quod adminiſtrat. Denique rectè iſta opponuntur in *l. 1. ff. de offic. proc. Cæſ.* alienare rem domini & recte gerere.

Reſpond. hoc inquam non aduerſatur: nec enim putandum eſt, mandati iſtius cum libera hanc eſſe vim vt procuratori concedat pro ſuo lubitu graſſari in bona domini, eaque pro ſuo arbitrio diſtrahere & alienare, quantumuis hoc futurum ſit domino detrimentoſum, ſed concedere ſolum poteſtatem bona ſine alio ſpeciali & expreſſo domini mandatu alienandi, ſi hoc è re domini viſum fuerit: nam ſic & dominus interdum peculij liberam adminiſtrationem ſeruis concedere ſolet *leg. ſi liberam. Codic. quod cum eo*, vbi certè dictu abſurdum foret, ſeruo conceſſam poteſtatem diſtrahendi bona peculiaria pro ſuo lubitu, & tunc etiam quando id non fuerit vtile, ſed damnoſum domino. Quocirca qui liberam habet poteſtatem adminiſtrandi bona domini, is non aliter intelligitur bona alienare poſſe ex mandatu, quam ſi commodo ſit ceſſura alienatio domino, cum is, cui libera adminiſtratio conceſſa non eſt, ne tunc quidem alienare poſſit, cum profutura eſt alienatio domino.

Adminiſtratio itaque & recte gerere ſibi opponuntur in *dict. leg. 1.* quia procuratori Cæſaris alienatio bonorum non eſt conceſſa ſed adempta. Deinde opponitur alienare rectè gerere, ſi fiat alienatio nulla vrgente neceſſitate, nec vlla domini ſuadente vtilitate.

Procurator negotiorum forenſium dicitur etiam procurator iudicialis ſeu iudiciorum, item procurator ad agendum & ad lites, quoniam ipſi adminiſtratio litis & negotiorum forenſium ſeu iudicialium commiſſa eſt.

Quæſt. An procurator in rẽ ſuã ſit ꝓpriè procurator & ſtatuto de procuratore loquente contineatur?

De procuratore qui in rem ſuam dicitur, vtrum procuratoris appellatione propriè veniat? non fruſtra dubitatur. Siquidem definiente ICto in *l. 1. pr. ff. de procurat.* Procurator eſt qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat.

Atqui procuratorem in rem ſuam, etſi mandatu domini negotium adminiſtrãdum ſuſcipit; non tamẽ tam alienum quã proprium negotium ipſum adminiſtrare conſtat: quandoquidem in rem & vtilitatem ſuam demandatum negotium adminiſtrat, dum actiones ceſſas ſibiq; mãdatas in ſuum duntaxat commodum & emolumentũ exercet *l. 4. C. de proc. l. 6. §. vlt. ff. man-*

mine exprimi, ſupra prolixe demonſtratum eſt.

Sic etiam tertium non magni momenti eſt: quod enim dicitur odia eſſe reſtringẽda, id verum eſt in dubio: nos autem hic non in dubio, ſed in re perſpicua, certa, & manifeſta verſamur, vti ex prædictis conſtare ſpero. Deinde reſtringenda ſunt odia, quatenus leges id patiuntur: leges autem non permittere *dict. §. ſuſpectus.* remotum tutorem ſuſpectum infamia notãtem, ad ſolum dolum, reſtringi ex illis, quæ hactenus dicta ſunt, itidem liquere puto. Denique leges pœnales, quamuis ex parte delinquentis, cui pœnam decernunt, odioſæ ſint, fauorabiles tamen ſunt ex parte eius, cui ius ſuum tuentur; & maxime lex illa, quæ ſuſpectum tutorem remotum infamiâ notat, ex parte pupillorum fauorabilis eſt, quoniam non modo ipſorum pupillorum, ſed & Reipublic. intereſt, res pupillares bonâ fide adminiſtrari ac tutorum perfidiam coerceri.

Ad quartum reſpondeo, vitam & famam pari paſſu ambulare vbi eadem vtriuſque, non vbi diuerſa eſt ratio, vt hîc. Deinde locum id ſibi vindicare, quotiens de libertatis agitur fauore, non vbi de pœnis irrogandis tractatur: nam pœnam mortis longe grauiorem & acerbiorem eſſe, pœnâ infamiæ ex *leg. Capitalium. ff. de pœnis.* liquet: illic enim in primo grauiſſimarum pœnarum gradu vltimum ſupplicium, ſeu pœna mortis; in tertio vero & infimo gradu pœna infamiæ conſtituitur.

Ad vltimum reſpondeo, ſegnitiem, ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam non incidere in latam culpam, niſi ſupinæ ſint, aut vero in rebus alienis tantum, in propriis vero rebus adminiſtrandis non item, deprehendantur.

Lit. D. *Qu. 45.* Ex hiſce porro famoſis actionibus infamiam quis euitare poteſt, ſi pœnam pecuniariam, quæ per ſententiam imponi poteſt, offerat ante ſententiam condemnatoriam *l. ſi reus paratus. ff. de procurator.* vt ſi, verbi gratia, conuentus actione furti offerat duplum aut quadruplum in quo per ſententiam erat, iure ciuili, damnatus, aut conuentus actione iniuriarum paratus ſit æſtimationem iniuriæ dare, tum eiuſmodi pœnam realiter offerens, aut nolente aduerſario recipere, apud acta deponens *l. 9. C. de ſolut.* liberatur pœna infamiæ. *Quando oblatione deluti infamiam reus euitet?*

Et ratio huius expedita eſt, quod infamia, ex prædictis cauſis & criminibus non irrogetur niſi damnatis *d. l. 5. §. fin.* Atqui damnari ſententia iudicis nõ poteſt, qui ſoluere & ſatisfacere parat[9] eſt: quocirca hic nec infamia notari poterit ex præfatis criminibus.

Et hoc quidem dubium penitus nullum habet: verum quonam tempore oblatio fieri debeat, vt infamiæ pœna reus liberetur, non perinde inter iuris interpretes conſtare videtur.

Sunt enim quidam, qui putant oblationem fieri oportere ante litis conteſtationem, ita Coſtalius in *l. 6. hoc tit.* Bartolus in *l. 22. ff. eod. tit.* quos ſequitur, hoc loco, Autor noſter.

Fundamentum conſtituunt prius in *l. 37. ff. de procurat.* in qua Paulus ita ſcribit: *Si reus paratus ſit ante litem conteſtatam, pecuniam ſoluere, procuratore agente, quid fieri debet? nam iniquum eſt cogi eum iudicium accipere, propter quod ſuſpectus videri poteſt, qui præſente domino non obtulit pecuniã. quid ſi tunc facultatem pecuniæ non habuit? numquid cogi debeat iudicium accipere? quid enim ſi & famoſa ſit actio? & conſtat vt ante litem conteſtatam præſes iubeat in æde ſacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis.*

His verbis diſerte Paulus deſiderare videtur, vt oblatio pecuniæ fiat ante litis conteſtationem.

Quod ipſum præterea confirmat Bartolus

volus & hac ratione quod poſt litem conteſtatam offerens reus, ſoluendo fateri crimen videatur *leg. quoniam. 5. Digeſt. de his qui not. infamia. leg. 5. Cod. de re iudicat.* Atqui paria ſunt confeſſum eſſe de crimine, & eſſe damnatum *l. poſt rem iudic. ff. de re iud. l. 1. ff. de confeſſ.* idcirco ſoluens poſt litem conteſtatam pro condemnato haberetur & conſequenter infamis efficeretur.

Cæterum Panormitanus, Pontificij iuris interpres acutiſſimus, ſtatuit, reum ex prædictis cauſis ante ſententiam, quouis tempore, etiam poſt litem iam conteſtatam offerre & ſoluere poſſe, ac ſoluendo infamiam euitare. In quam ſententiam Donellus quoque inclinat *18. Com. 8.* eamque probare videtur Weſenbec. in *paratitl. nu. 9. de his qui not. infamia.* & mihi vera eſſe videtur.

Etenim confirmat hoc ſatis perſpicue Iuſtinianus in *§. vlt. Inſt. de perpet. & temporal. act.* dum ita ſcribit: Supereſt vt admoneamus, quod ſi ante rem iudicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio iudicis conuenit eum abſoluere, licet in ea cauſa fuiſſet iudicij accipiendi tempore, vt damnari debeat, & hoc eſt quod antea vulgo dicebatur OMNIA iudicia eſſe abſolutoria. Cum itaque in eum, qui ſatisfecerit ANTE SENTENTIAM, aduerſario, ſententia condemnatoria ferri nequeat, conſequens eſt, vt ex criminibus famoſis non reddatur infamis, quoniam condemnati demum ex his cauſis notantur.

Nec huic ſententiæ quicquam detrahunt, quæ pro opinione Bartoli adducũtur, nam *lex 73. ff. de procuratorib.* adeo non refragatur nobis, vt etiam ſentẽtiam noſtram expreſſe confirmet: nam etſi initio legis dictum fuiſſet, ante litem conteſtatam licere offerre; oſtẽdit tamen mox in fine illi⁹ legis ICtus, licere offerre etiam poſt litem conteſtatam; ſic tamen, vt tum non liberetur reus obligatione, ſed res tota dirimenda ſit officio iudicis; ſic autẽ dirimet iudex, vt ſi animaduertet tantum offerri, quãtum debetur; atque hoc modo ſatisfieri actori, ferat quidem ſententiam, ſed qua reum non condemnet, ſed abſoluat *d. § vlt. Inſtit. de perpet. & temporal. act.* Ita enim conſequetur iſta oblatione reus vt liberetur infamia, qua non notãtur abſoluti, ſed condemnati.

Ad alterũ Bartoli fundamentũ reſpõdetur cõfeſſionem iudicialem nõ haberi pro condemnatione, ſic vt vbi cõdẽnatio requiritur, ibi cõfeſſio iudicialis ſufficiat, ſed haberi dũtaxat pro probatione, ſic vt res in iudicio crimen confeſſus pro conuicto ſolum habeatur. Idq; ex eo intelligere licet, quod poſt confeſſionem iudicialiter factam, condẽnatio adhuc requiratur *l. 5. ff. de cõfeſſ.* At ſi cõfeſſus ſimpliciter & abſolute haberetur ꝓ dãnato, quid vlteriori dãnatione & ſentẽtia op⁹ eſſet?

Nec obſtat *l. 3. & l. 6. §. 2. ff. de confeſſis,* vbi dicitur quod confeſſus pro iudicato habeatur: nam id hoc reſpectu ſaltem dicitur, quia in confitentem non ſunt aliæ iudicis partes, quam vt condemnetur.

Quin & poſito eo, quod qui ſoluit cõfiteatur crimen: confeſſionem tamẽ huiuſmodi adeo nõ debere nocere reo, ipſe Iuſtinianus arbitratur, vt ei quoque ad abſolutionem prodeſſe velit *d. §. fin. Inſtit. de perpet. & tempor. act.*

Non obſtat præterea huic noſtræ aſſertioni, quod ſi tranſactio iudicialis ſuper criminibus huiuſmodi infamat ob præſumptam confeſſionem, multo magis infamare debeat ſolutio, *arg. l. penult. C. de re iudicat.* prius autem ſit verum ex *l. 4. §. fin. & l. 5. hoc tit.* igitur & poſterius.

Reſpond. Nam de paciſcente & tranſigente hoc ſtatutum eſt expreſſe conceptum vt reddatur infamis: at de ſoluente non item, de quo potius cautum eſt iure, vt liberetur, ſi ante ſententiam ſatis fecerit aduerſario.

Eſt præterea diuerſa ratio paciſcẽtis, a-

nec

Digitized by Google

u: tranſigentis & ſoluentis: nam hic ſatisfacit deſiderio aduerſarij dum præſtat quod petitur: at paciſcens vel tranſigens deſiderio aduerſarij non ſatisfacit, nec quod actione petebatur, præſtat.

Non me fugit Socinum diſtinguere circa propoſitam cõtrouerſiam hoc modo, vt ſi cauſa ſit ipſo iure famoſa, tum ante litis conteſtationem neceſſaria ſit oblatio: ſin vero talis ſit cauſa, ex qua iudicis demum ſententia & condemnatione infamia irrogetur, tum etiã poſt litis conteſtationem, ante ſententiam offerri ſufficiat.

Veruntamen diſtinctionem hanc probare nõ poſſum, propterea quod in cauſis, ipſo iure infamantibus, oblatio ab infamiæ nota liberare non poſſit, cum hîc non de irroganda, ſed de irrogata infamia agatur.

Lit. E. & F. Non ſolum autem infamiâ notatur, qui ex famoſis criminib⁹ damnatus fuerit, ſed qui ex quibuſdam contractibus fuerit, ob fidem ruptam damnatus. Veluti qui pro ſocio, tutelæ, depoſiti, mandati fuerit damnatus, directo iudicio *l. 6. §. 6 & 7. ff. de his qui not. infamia §. pen. Inſt. de pœn. tem. litigant.*

Cur autem in his potius, quam aliis bonæ fidei iudiciis damnato infamia irrogetur, ratio haut obſcure ſignificatur in *l. 6. §. vlt. ff. de his qui not. infamia*, quia videlicet in iis agitur de perfidia, ſiue de fide rupta, & non de ſimplici dolo.

In contrariis itaque iudiciis non ſunt infames, quia in illis non de perfidia, ſed de calculo agitur *d. l. 6. §. 7.*

Etenim contrario iudicio non conuenitur quis de perfidia, quoniam qui hoc tenetur iudicio nihil fecit, quo falleret eum, qui tutelam, mandatum aut depoſitum, vltro ſuſcepit; ſed nec quicquam recepit ſe facturum.

De calculo agi dicitur, cum de eo, propter ſuſceptum officium alicui abeſt agitur. Hanc enim pecuniam ideo calculum vocat ICtus, quia quantum id ſit, quod viciſſim debetur, ſubiecto calculo & poſita ratione accepti & expenſi, cognoſcitur.

Et hoc eſt, quod Vlpianus ſcribit in *l. 5. pr. ff. depoſiti.* in contrario iudicio non de fide rupta agi, ſed de indemnitate eius, qui officium ſuſcepit.

Obſeruandum vero eſt, ſic demũ prædictis iudiciis damnatum fieri, infamem, ſi de dolo fuerit damnatus.

Quæ conditio, etſi omiſſa fuerit in edicto, ratio tamen ſuadet, eam ſubintelligi, quoniam ideo non contrariis iudiciis damnatus nõ notari infamia dicitur, quia in illis de perſona conuenti non agitur *d. leg 6. §. fin. ff. de his qui not infamia.* Cui eſt conſequens, quod ſi in directis iudiciis de perfidia & dolo alicuius non agatur, tum damnatus infamia non notetur.

Quin etiam hoc diſerte probat *§. ſuſpectus, Inſtitut. de ſuſpectis tutor.* vbi Iuſtinianus, *Suſpectus*, ait, *tutor remotus, ſi quidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque.*

Quod cum in tutore ita conſtitutum ſit, qui ob perfidam adminiſtrationem à tutela nondum finita remouetur; multo magis in eo tutore recipiẽdũ eſt, qui integra tutela peracta conuenitur tutelæ. Porro ſi hoc in iudicio tutelę admittitur, quæ cauſa eſſet, cur non in cæteris bonæ fidei iudiciis, in quib⁹ æque de fide rupta agitur, admitteretur? Donell. *18. comm. 8.*

De lata culpa idem plane dicendum, vt quæ dolo comparetur & doli nomine comprehendatur, non modo in contractibus, ſed in delictis etiam, vt paulo ſupra luculenter oſtenſum fuit, & diſerte probat *l. 32. ff. depoſiti.*

De leui culpa idem aſſerendum non eſt: omnis ſiquidem infamia, turpe aliquod facinus prǽſupponit, ob quod irrogetur: ſiquidem abſurdũ eſt dedecore & infamia aliquẽ coerceri, qui turpe nihil admi-

admiſit: atqui culpa leui peccare & ſolita in ſuis rebus negligentia, infirmitatis & ignorantiæ vitium eſt, non vllius turpitudinis, vt quæ in optimos etiam viros cadere poſſit, benè ſcribit Donellus *d. cap. 8.* Hæc proinde leuis culpa infamiæ notam non irrogat.

Et quanquam edictum generaliter ex prædictis iudiciis damnatum infamia notari aſſerat, nec diſtinguat vtrum de dolo ſit damnatus, an vero de culpa: ratio tamen ipſa ſic diſtinguere iubet: ratio, inquam, ſuperior, qua de leui culpa damnatum infamem non reddi probatum fuit. Cui accedit & iſta, quod cum edictum nolit ex delicto damnatum aliter infamem fieri, quam ſi de dolo fuerit damnatus *l. 1. Digeſt. hoc tit.* conſequens eſt ex contractu depoſiti, mandati, ſocietatis & tutelæ damnatum non aliter infamiam ſequi, quam ſi de dolo malo damnatus fuerit.

Nec refragatur *l. in re mandata. Cod. mandati.* Vbi Conſtantinus itidem indiſtinctè ſcribit: *In re mandata non pecunia ſolum, cuius eſt certiſſimum mandati iudicium, verum etiam exiſtimationis periculum eſſe.*

Recte enim ad hoc Donellus reſpondet: non aſſerere Conſtantinum in mandati iudicio damnatũ eſſe infamem: ſed in re mandata eſſe periculum infamiæ: At hoc id tantum ſignificatur, in re mandata periculum eſſe, ne damnatus infamiam incidat: quod qui dicit, non dicit damnátum infamem eſſe, ſed fieri poſſe, vt infamis fiat, & metuendum eſſe, ne infamis fiat, ſi videlicet dolum malum aut latam culpam commiſerit.

Lit. G. Præterea infamia notatur publico iudicio damnatus: ſic enim Macer Iuriſconſultus in *l. 7. ff. de public. iudic.* infamem ait, non ex omni crimine ſententia facit, ſed ex eo, quod publici iudicij cauſam habuit.

Et quanquam edicto hac de re nihil ſit cõprehẽſum: quia tamen adeo expreſſe cautum eſt in *d. l. 7.* idcirco veriſimile eſt in aliqua alia lege vel conſtitutione, quæ hodie amplius non extat, id expreſſum fuiſſe; id quod etiam Donellus *d. cap. 8.* ſuſpicatur.

Hinc eſt, quod ſepulchri violati actio infamiam irrogare dicitur in *leg. 1. Digeſt. de ſepulchro violat.* quoniam, vt Macer Iuriſconſultus ſcribit: Sepulchri violati crimen poteſt dici ad L. Iuliam de vi publica pertinere ex illa parte, qua de illo cauetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur ſepeliaturue, quia & qui ſepulchrum violat facit, quo quis minus ſepultus ſit. *l. 8. ff. de ſepulchro violato.* *Lit. H.*

Pari modo expilatæ hereditatis crimine damnatus infamis exiſtit. Ita diſertè Alexãder Imperator: Si te expilaſſe hereditatem ſententia præſidis conſtiterit: non ex eo, quod non & alia pœna tibi irrogata eſt, furti improbioris infamiam euitaſti *l. 12. Cod. ex quib. cauſis infamia.* *Lit. I.*

Ratio autem, ob quam hoc crimen famoſum eſt, in modò adducta *l. 12.* indicatur, quia videlicet improbioris furti ſpecies ſit.

Etenim expilaſſe hereditatem dicitur, qui rem hereditariam, hereditate iacente, abſtulerit animo fraudulendo lucri faciendi cauſa, qui licet fur proprie dici non poſſit, quoniam nullius in bonis res hereditariæ tum temporis fuerunt, *l. 68. §. 1. l. 70. de furt.* furi tamen ſimilimus eſt, vt ex adducta deſcriptione liquet. Conſtat autem inter omnes, furti damnatum infamia notari *l. furti ff. de his, qui not. infam. l. 7. de public. iud.* Merito itaque ex hoc expilatæ hereditatis crimen, furto affine.

His addendus eſt, ex Autoris noſtri ſententia, Notarius de illicitis rebus inſtrumentum conficiens: hunc n. infamẽ reddi etſi legib. noſtris ciuilib. cautum nõ reperiatur; nouiſſima tamen Imperij conſtitutione, ab Autore allegata cõfirmatur

Lit.K. *Qu.* 46. *An relegatio infamet?*

Cæterum ictus fuſtium per ſe non infamat, ſed cauſa propter quam hæc pœna infligitur, ſi ea fuit, quę infamiam damnato irrogat. In cæteris quoque generibus pœnarum eadem forma ſtatuta eſt, ait Marcellus in *l. ictus fuſtium 22. ff. de his, qui not. infamia.*

Hinc rectè concluditur de relegatione, quod illa non infamet niſi ex cauſa famoſa irrogata fuerit; vnde ſi quis propter adulterium, furtum, crimen falſi, expilatę hereditatis, propter rapinam &c. fuerit relegatus, fit infamis: ſin vero propter digladiationem & duellum, aut excitatos tumultus nocturnos quis relegetur, infamia non notatur. Quæ ſententia longe veriſſima eſt.

Huic obijcitur *leg 28. §. 1. Digeſt. de pœnis.* Nam ibi Calliſtratus Iuriſconſultus ita ſcribit: *Cæteræ pœnæ ad exiſtimationem & non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus vel in perpetuum.* Vnde, cum relegationis pœna dicatur ad exiſtimationem ſpectare, inferendum & concludendum videtur, quod infamiam ſemper importet, ex quacunque etiam cauſa irrogetur, ſiue famoſa, ſiue non-famoſa.

Opponitur conſimiliter *lex 5. §. 2. Digeſt. de extraordin. cognit.* in qua Calliſtratus Iuriſconſultus, *Minuitur*, inquit, *exiſtimatio, quotiens, manente libertate circa ſtatum dignitatis pœna plectimur, ſicuti cum relegatur quis vel ordine mouetur.* Cum igitur per relegationem exiſtimatio minuatur, ſequitur quod infamiam importet, cum infamia ſit exiſtimationis minutio, vel conſumptio *dict. leg. 5. §. 2. & 3.*

Verum ad haſce obiectiones non admodum difficile eſt reſpondere: quod enim in adductis locis relegatio dicitur ad exiſtimationem pertinere, itemque exſtimationem minuere, id ita accipi debet, ſi cauſa quoque relegationis famoſa ſit, iuxta *d. l. 22. ff. de his, qui not. infam.* Textus ſiquidem cum textu conferri, & textus generaliter loquens, ex textu diſtinguente reſtrictionem, limitationem & interpretationem recipit *l. in toto ff. de R. iur.* Quocirca cum in adductis textibus non explicent Iuriſconſulti, quando relegatio ad exiſtimationem ſpectet, eandemque minuat; ex alijs textibus, hoc explicantibus, deſumendum. Et hanc interpretationem mire confirmat, quod in *d. §. 2. l. 5.* relegatio cum ictu fuſtium coniūgitur, quem non aliter infamiam importare conſtat, quam ſi ex cauſa famoſa fuerit irrogatus.

Præterea quod in *d. l. 28.* dicitur relegatio ad exiſtimationem pertinere, hoc ita ex *d. l. 5. §. 2. ff. de extraordin. cognit.* intelligendum eſt, quod pertineat non ad conſumendam eam, ſed minuendam duntaxat: *Minuitur*, ait Calliſtratus, *exiſtimatio cum circa dignitatis pœnâ plectimur, veluti cum relegatur quis &c.* Iam vero ex ſupra dictis abunde conſtare puto, infamiam non irrogari cū exiſtimatio minuitur duntaxat, ſed tunc demum illam inferri cum conſumitur in totum. Proinde nec ex *d. l. 5. §. 2.* ſententia contraria robur nanciſcitur, quin potius funditus euertitur.

Non equidem inficior relegatione exiſtimationem minui, pudorem grauari, maxime apud bonos & graues viros, ſicut etiam pœnâ ictus fuſtium, & quacunque alia; verum hoc infamiam eſſe dicendum Marcellus in *dict. leg. ictus fuſtium Digeſt. de his qui not. infam.* inficiatur Papinian. in *l. 20. ff. eod.* & ſupra quoque euidenter demonſtratum, nullam exinde naſci facti infamiam.

RESOLVTIO THESIS *Octaua & vltima.*

DE INFAMIA IVRIS hactenus plus ſatis: infamiam FACTI vulgo de- *Lit. A.*

gò definiunt eam, qua opinio alicuius apud graues & honeſtos viros læditur. Eamque dicunt contrario facto, honeſto videlicet ac laudabili rurſus tolli & aboleri *arg. leg. 2. de obſeq. par. l. 20. Digeſt. de his qui not. infamia & l. 27. C. de inoffic. teſtament.* Idque propterea, quod nihil tam naturale ſit, quam vnum quodque eo genere diſſolui, quo colligatum & contractum eſt §. *1. l. quibus mod. obligat ſolu.* Sed adductis legibus nihil huiuſmodi reperio.

Quanquam inficias non eam, maculam iſtam, quæ alicui turpi aliquo facto aſpergitur, quamque vulgo infamiam facti appellitant, elui contrario facto honeſto atque laudabili; ſed maculam iſtam facti infamiam eſſe, nego atque pernego: *arg. leg. ictus fuſtium l. 22. Digeſt. de his qui not. infam. l. eos. ff. de decurionib.* vide quæ ſupra ſub *theſi 4. Lit. A.* ſunt dicta.

Hinc fruſtra & otioſe de ſpeciebus eius & gradibus quæritur: negato quippe genere, negantur quoque ſpecies, ſub eo genere contentæ.

Lit. B. Speciem infamiæ facti conſtituunt Dd. ſi quis à iudice increpatus fuerit, per textum in *leg. 20. Digeſt. de his qui not. infamia.* Nam ibi Papinianus ob hæc verba ſententiæ præſidis prouinciæ; *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*: pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari, hinc quia dicitur pudorem onerari increpatione iudicis, exiſtimat Autor noſter, opinionem communem ſecutus, infamiam protenus facti importari.

Sed hanc ſententiam refellit potius Iurisconſultus Papinianus in ea *l. 20.* dum ſimpliciter, generaliter & indiſtinctè negatur, increpatione iudicis ignominiam irrogari.

Nec ſane ſequitur pudor alicuius grauatur: Ergo infamia facti irrogatur: tum quia hoc loco ignominia, in genere, grauato pudori opponitur: tum etiam quia in *l. 27. Cod. de inoffic. teſtament.* infamia in genere opponitur turpitudinis & leuis notæ maculæ. Tum denique quia non in vno loco iuris noſtri expreſſe Impp. profitentur, increpationem iudicis infamiam non irrogare, licet pudorem grauet: Sic enim Gordianus in *l. 17. Cod. ex quibus cauſis*: *Verbum precibus inſertum potius verecundiam onerare, quam* V L L A M *exiſtimationis maculam videtur aſpergere.*

Etenim cum non cauſa cognita dictum eſt ἰσυκοφάντησας, *ſed ad poſtulatum Patroni interlocutione iudicis reſponſum ſit, nequaquam hoc infamiam irrogat.* Et Impp. Carinus & Numerarius in *leg 19 Cod. eod. tit. Interlocutio præſidis, qua indicta eſt infamem eum, de quo quæris feciſſe non videtur. Cum non ſpecialiter ob iniuriam & admiſſam vim condemnatus ſit, ſed ita præſidis verbis grauatus & admonitus, vt ad melioris vitæ frugem ſe reformet.*

Hic obſeruandum quod Imperatores abſque vlla infamiæ diſtinctione, generaliter pronunciant, infamiam non irrogari iudicis increpatione: item quod Gordianus negat increpationem iudicis V L L A M exiſtimationis maculam aſpergere.

Proinde neceſſariò hinc concludendum, iudicis increpationem infamiam non importare.

Idemque dicendum, ſi quis in teſtamento à teſtatore perſtringatur, Alexander Imp. *Ea*, inquit, *quæ pater teſtamento ſuo filios increpans ſcripſit, infames quidem filios non faciunt, ſed apud bonos & graues opinionem eius, qui patri diſplicuit, onerant.* *Lit. C.*

Ecce hîc negatur aperte, quod increpatio patris infamiam importet. Non igitur aſſentiri poſſum autori, qui facti in-

famiam per increpationem patris irrogari ſtatuit: quamuis apud honeſtos & graues viros eius pudor & exiſtimatio per hanc grauetur.

Qu. 47. *An ceſſio bonorum infamet?* Sed quid de bonorum ceſſione dicendum? Anne & hæc infamiam importat? Et de hac re extare videntur diuerſæ ac diſcrepantes legum noſtrarum ſententiæ: nam in *l. 11. Cod. ex quibus cauſis infamia.* Alexander Imp. conſtituit eam cedenti bonis nullam irrogare maculam oportere: *Debitores*, inquiens, *qui bonis ceſſerint, licet ex ea cauſa bona illorum venierint, infames non fiunt*, & in *l. vlt. qui bonis ced. poſſunt.* Iuſtinianus diſerte reſcribit: *bonorum ceſſionem fieri ſalua debitorum exiſtimatione*: quo ſatis innuitur, nullam infamiam, ac ne facti quidem irrogari bonis cedenti: alias enim ſalua eius exiſtimatio, non maneret.

Contrà verò, quod ceſſio bonorum infamiam irroget, ſi non iuris, facti tamen, dicendum videtur ex *nouella 135. cap. 1.* vbi ceſſio bonorum ignominioſa dicitur. Et in *§. 1. quibus ex cauſis manumit.* bonorum venditio debitori notam aliquam apud bonos viros adferre aſſeritur.

Quin & Cicero teſtatur; decoctores bonorum poſt proſcriptionem & venditionem ſub haſta, infames eſſe, dum in Orat. pro Quintio ita ſcribit: *Ergo hercle cuius bona ex edicto poſſidentur, huius omnis fama & exiſtimatio cum omnibus bonis poſſidentur.*

Hæc ita conciliare nititur Autor noſter, vt bonorum ceſſio tum infamet, quando ſuo vitio & culpa affectata decoquunt bona *d. nouell. 135. & d. §. 1. I. quibus ex cauſis manumit.* Non etiam ſi fortunæ vitio abſque culpa propria ad inopiam redigantur.

Quæ conciliatio, vtrum locum habere & ſubſiſtere poſſit; valde dubito propter generalitatem ſuperiorum textuum, quibus indiſtinctè negatur, debitori bonis cedenti, vllam inuri infamiæ maculam: maxime cum is, qui fortunæ iniuria ad inopiam redactus eſt, cogi non poſſit bonis cedere *d. nou. 153.* Igitur cum Hotomanno & Weſenbecio exiſtimo ſimpliciter & indiſtinctè aſſerendum, ei qui bonis ceſſit, ſiue propria culpa, ſiue fortunæ iniuria coactus, nullam inde infamiæ notam inuri.

Nec obſtat, quod dicitur in *d. nouell. 153.* ceſſio bonorum ignominioſa: hinc ſiquidem inferre non licet, quod etiam famoſa ſit: nec enim quicquid ignominioſum, idem quoque famoſum. *arg. l. 22. ff. de his, qui not. infam. l. eos. Dig. de decurionibus.*

Vt taceam quod *d. §. 1. I. quibus ex cauſis manumit. non lic.* non de ceſſione, ſed de bonorum venditione publica, quæ ſub haſta fieri conſueuerat, loquatur. De qua etiam accipi debet locus Ciceronis ſupra adductus.

Effectus infamiæ præcipuus hic eſt, quod dignitates omnes excludat, portas dignitatum iis occludat quibus adhæret, ita vt qui eâ laborat, ad honores, ad officia cum dignitate coniuncta, non admittatur: id quod aperte reſcripſerunt Imperatores in *l. 2. C. de dignitat. Neque famoſis & notatis, aut quos ſcelus aut vitæ turpitudo inquinat & quos infamia ab honeſtorum cœtu ſegregat dignitatis portæ patebunt.* Et in *l. 3. C. de re militari. Milites ignominia miſſi cum infamia notentur, nullis honoribus qui integra dignitatis hominibus deferri ſolent, vti poſſint. Habeant autem morandi, vbi velint, poteſtatem, præterquam in ijs locis, in quibus ſpecialiter arguentur.* Lit. D.

Hòc vero etſi vulgo ad eam maculam, quam facti infamiam nominant, porrigere conentur, illis tamen valde refragatur *l. 12. ff. de decurion.* vbi Calliſtratus: *Eos*, ait, *qui vtenſilia negociantur & vendunt, licet ab ædilibus cæduntur, non oportet quaſi viles perſonas negligi. Denique non ſunt prohibiti huiuſmodi homines decurionatum vel aliquem*

liquem honorem in ſua patria petere: nec enim infames ſunt.

Qu. 48. *An infamis poſſit creari tabellio.* Cæterum cum munus tabellionum ſiue Notariatus non ſit aliqua dignitas, quæſtio hîc ſuboritur, anne infamis tabellio creari poſſit?

Pro affirmatiua ſententia facit primo, quod tabelliones olim ſerui publici fuerint *l. Non aliter. ff. de adopt. l. 2. Cod. eod. §. 3. I. eod. tit.* Atqui ſerui fuerunt homines viliſſimi leuiſſimi ac famoſiſſimi: proinde cũ ſerui potuerint creari tabelliones, ratio nulla eſt quæ impediat infames quoque tabelliones creari.

Accedit quod decuriones notarij fieri prohibeantur in *l. vniuerſos C. de decurionib.* vbi *vniuerſos*, inquit Imperator, *decuriones volumus à tabellionum officijs temperare.* Hoc autem non alia de cauſa, quam quia vile eſt officium & decurionibus plane indignum. Cui conſequens videtur, infames ab eo arceri non oportere: remouentur ſiquidem ab illis duntaxat officijs, quæ dignitatem aliquam annexam habent, à ſeruilibus autem & famoſis non remouentur.

Quocirca ex his concludendum eſt famoſos quoque fieri poſſe tabelliones, quam ſententiam pleriſque probari ſcribit Weſenbec. in *paratitl. de his qui not. infam.* eamque & ipſe approbare videtur Weſenbecius, dummodo notarius nomine male geſti officij non ſit notatus infamia.

Equidem autor noſter in contrariam concedit ſententiam, aſſerens infamem à notariatu omnino excludi, cui & Couarruuias in loco citato ſubſcribere videtur, propterea quod officium notarij fidem requirat: Abſurdum autem ſit fidem habere turpi & infamia notatæ perſonæ.

Quæ ſententia & mihi placet, præſertim cum hodie Notariatus dignitatem aliqualem videtur habere annexam.

Nec reſiſtunt argumenta contrariæ opinionis: ad primum enim reſpondeo, ad notariatum olim non fuiſſe admiſſos ſeruos: ſiquidem conſtitutione Honorij & Arcadij ſerui expreſſe prohibentur fieri notarij ſeu tabularij: generali, inquiunt, lege ſancimus, vt ſiue ſolidis prouincijs; ſiue ſingulis ciuitatibus neceſſarij fuerint tabularij, liberi homines ordinentur, neque vlli deinceps ad hoc officium pateſcat aditus, qui ſit obnoxius ſeruituti: quibus verbis aperte remouentur, ac penitus excluduntur à munere tabulariorum omnes, qui ſeruilis ſunt conditionis.

Et quamuis ex hac ipſa lege, quidam demonſtrare conentur, iure pandectarum ad officium Notariatus etiam ſeruos adhibitos fuiſſe, eò quod Honorius & Arcadius hac ſua conſtitutione demum conſtituerint ad notarij munus adhibendos eſſe liberos homines, ac prohibuerint ſeruos admitti; quia tamen conſtitutio huius *l. 3.* non eſt vna ex nouis deciſionibus quæ in priori codice non extiterunt, ſed nouo demum ac poſteriori Codici fuerunt inſertæ, adeoque legib. Pandectarum non eſt poſterior, palam eſt, exinde probari non poſſe, quod tempore Iuſtiniani ac iure Pandectarum ſerui creati fuerint Tabularij, ſiue Notarij. Nec ad rem faciunt textus in contrarium adducti: nam in illis per ſeruos publicos non intelliguntur Notarij, ſiue tabelliones, ſed intelliguntur ſerui in publicum empti, atque ad hoc comparati, vt in publicis miniſterijs haberentur *l. 1. §. ſi ſeruum Digeſt. de quæſtion. l. ſed ſi. §. 4. ff. de in ius vocand.*

Ad ſecundum reſpondetur, etiamſi Impp. iubeant decuriones à tabellionis officio abſtinere, ex ea cauſa, quod tabellionis officium non ſit dignum viris decurionibus: non ex eo tamen ſequitur tabelliones viles eſſe ſimpliciter, ſed reſpectu & collatione facta cum dignitate decurionatus. Atque hoc ita eſſe, clare pateſcit

ſcit ex conſtitutione Conſtantini, quæ extat in Codice Theodoſiano *lib. 12. tit. 1.* Vniuerſos decuriones volumus à tabellionum officio temperare: nemo autem ad decurionatum vocatus excuſare ſe poterit, eo quod fuerit tabellio: cum & huiuſmodi homines, ſi fuerint idonei, vocari ad decurionatum oporteat: lex enim quæ decuriones à tabellionum officiis voluit ſubmouere, ad decurionatum vocari tabelliones non prohibuit.

Quod ſi itaque ad decurionatum aſpirare poſſunt tabelliones, ſequitur eos infames non eſſe *arg. d. l. 12. de decurio. l. 2. C. de dignitatib.* Nec adhoc notariatus officium infames admitti.

Lit. E. Etſi autem infamia ad honorib. & dignitatibus excludat, non tamen à muneribus vacationem tribuit: ita enim Dioclet. & Maximin. Impp. infames perſonæ: licet nullis honoribus, qui integræ dignitatis hominibus deferri ſolent, vti poſſunt; Curialium tamen vel ciuilium munerum vacationem non habent, ſed ſolennibus indictionibus ob tutelam publicam eos ſatisfacere neceſſum eſt. *l. vnic. C. de infam.*

Et ratio huius perſpicua eſt, quod nempe munera hæc oneroſa ſint, multis cum moleſtiis coniuncta: par autem non ſit hiſce oneribus ſubleuare infamiam, eique prodeſſe, cui nocere debeat.

Quam rationem innuunt iidem Impp. Dioclet. & Maximin. in *l. 12. C. de decurionib.* dum aiunt: *Nec infames immunitatem habere, cum hæc priuilegiis non notæ ſint, conuenit.*

Abſurdum quippe eſt priuilegium, honorib. tributum, infamibus prodeſſe: eodemq; priuilegio honores & infamiam gaudere. Infamiæ facti hunc effectum tribuunt, quod is qui ea laborat, pro turpi perſona, quoad querelam inofficioſi, habeatur, ita vt quemadmodum infamibus inſtitutis, fratres habent querelam inofficioſi teſtamenti; ita quoque hi, qui facti laborant infamia, locum faciant inofficioſi querelæ *l. 27. C. de inoffic. teſtam.* Quod de turpibus & leuis notæ macula aſperſis perſonis facile largior: verum has infamia aliqua laborare non concedo: & contrarium ſupra euidentiſſime demonſtratum eſt.

Vtrum porro Spurij ſint infames, & vtrum ad teſtimonium dicendum infames admittantur infra ſuis locis dicemus.

Finis Diſputationis Octauæ.

VOLV-

Digitized by Google

VOLVMINIS PRIMI DISPVTATIO NONA,

De

PROCVRATORIBVS ET DEFENSORIBVS.

QVÆSTIO I.

I. An procurator vniuerſorum bonorum ſit vel cum libera, vel ſine libera? 601
II. An procurator in rem ſuam ſit proprie procurator & ſtatuto de procuratore loquente contineatur? 604
III. An procuratorē in rem ſuam debitor inuito creditore conſtituere poßit? Et viceuerſa? 605
IV. Quidnam differat procurator ab aduocato? 608
V. Quid defenſor differat à procuratore? 608
VI. An procuratoris datio ſit actus legitimus? 609
VII. An in cauſa ſtatus per procuratorem liceat litigare? ibid.
VIII. An in popularibus actionibus poßit agi per procuratorem? 610
IX. An in criminib. publicis actor ſeu accuſator poßit dare procuratorem? 612
X. An ex parte rei in criminalib. iudicijs capitalib. defenſor interuenire poßit? 614
XI. An in iudiciis publicis criminũ non capitaliũ, p re admittatur defẽſor? 616
XII. An in cauſis & criminib. infamia pœnã irrogantib. procurator ſeu defenſor admittatur? 617
XIII. An in cauſis arbitrarijs admittatur procurator? 618
XIV. An excommunicatus poßit dare procuratorem? 620
XV. An bannitus per procuratorem ſe defendere poßit? 621
XVI. An procurator in ſecunda ſubſtantia poßit ſubſiſtere? 622
XVII. An procurator poßit appellationem proſequi? ibid.
XIIX. An procurator teneatur ad intereſſe ſi non certiorauit dominum quod ſuccubuerit? ibid.
XIX. An procurator ad vnũ actum conſtitutus cogatur appellare? 631
XX. An quæ vtiliter geſta ſunt à falſo procurat. rata ſint, domino ratificãte? 633
XXI. An fœmina iure Saxonico quæ per p curatorem à ſe ordinato geſta ſunt, rata habere poßit? 635
XXII. An fœminæ ſi quid efficaciter agere velint cogantur mariti & curatoris conſenſum adhibere? ibid.
XXIII. An vxor poßit actiones marito ſine curatore mandare? ibid.
XXIV. An minores 25. annis poßint ad litem procuratoris conſtitui? 636
XXV. An minor Iuriſperitus gaudeat reſtitutione in integrum. 639

XXVIII. An

LXXI. *An procuratori debeatur ſalarium?* ibid.
LXXII. *Vnde debeatur procuratori ſalarium?* ibid.
LXXIII. *An ſalarium procuratoris iudicialis debeat annumerari quaſi caſtrenſibus bonis?* 690

DISPVTATIONIS NONÆ

De

Procuratorib. Et Defenſorib.

THESIS PRIMA.

Reſolutio.

Lit. A. Procurator in iure noſtro generaliter dicitur is, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat, in *l. 1. ff. de procurat.* Atque hic vel eſt iudicialis, vel extraiudicialis: vt n. negotia, q̃ procuratoribus adminiſtranda demandari ſolent, duplicia ſunt, *iudicialia* hoc eſt in iudicio expedienda & *extraiudicialia*, quæ extra iudicium perficienda ſunt: ita quoque procurator, cui hæcce demandantur negotia, rectè in iudicialem diuiditur & extraiudicialem.

Extraiudicialis procurator, rurſus duplicis generis eſt, aut vniuerſorum bonorum, aut vnius alicuius rei ſeu negocij. *d. l. 1. §. 1.*

Qu. I. *An procurator vniuerſorũ bonorũ ſit vel cum libera vel ſine libera?*

Procurator omnium rerum vel negotiorum itidem duplex eſt: nam aut liberam habet bonorum omnium adminiſtrationem, aut non habet, *l. 9. §. 4. ff. de acq. rer. dom. §. nihil. I. de rer. diuiſ. & acquir. ear. dom.* Tametſi enim Hugo Donellus, eumque ſecutus Hubertus Giphanius, ſeriò contendant procuratorem vniuerſorum bonorum, quemuis mandatum habere cum libera, vel, quod idem eſt, liberã habere poteſtatem bona ſua adminiſtrandi: adeoque vanam & ab interpp. confictam eſſe illorum ſententiam, qui procuratorem vniuerſorum duplicem conſtituunt, vnum qui liberam habeat adminiſtrandi poteſtatem, & alterum, qui quidem poteſtatem habeat adminiſtrandi vniuerſa bona, ſed non liberam. Veruntamen quominus illis ſubſcribam, faciunt non dubia iuris fundamenta.

Et quidem primo conſtat, procuratorẽ cũ libera poſſe res quaſcunq; alienare, etiam ſine ſpeciali mandatu: Sic enim Ictus in *l. 9. §. 4. ff. de acquir. rer. dom.* Nihil autem ait, intereſt, vtrum ipſe domin⁹ per ſe tradat alicui rem, an voluntate eius alius. Qua ratione ſi cui libera negotiorum adminiſtratio ab eo, qui peregrè proficiſcitur, permiſſa fuerit & is negotijs rem vendiderit & tradiderit, facit eam accipientis.

Id quod totidem verbis Iuſtinianus expreſſit in *§. qua ratione I. de rer. diuiſ.* Et Paulus in *l. 58. ff. de procuratorib.* procuratori cũ libera conſtituto permittit rem domini permutare: *Procurat.* inquiens, *cui generaliter adminiſtratio commiſſa eſt, poteſt exigere, aliud pro alio permutare.*

Atqui permutare eſt alienare *l. 1. ff. de rer. permutat.* Procurator itaque vniuerſorum bonorum cum libera poteſt ſine ſpeciali mandatu quaſuis res indiſtinctè alienare. Procurator vero ſine libera non poteſt ſine ſpeciali & expreſſo mandatu quicquam alienare, exceptis fructibus & iis rebus, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt *l. 63. ff. de procur.* Proinde procurator cum li-

quam leges adductæ generaliter de vniuerſorum bonorum procuratore loquantur, non vero in ſpecie de hoc qui liberam habuerit adminiſtrationem bonorum, ex collatione tamen *capituli* 4. *de procurator. in ſext.* cum adductis textibus facta, liquidò pateſcit, quod de procuratore cum libera, & non de alio intelligi debeant. Sic enim illîc Pontifex; *Procurator quoquè abſque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio liberè ſit conceſſa*; Et maximè textus prædicti, generaliter & indiſtinctè loquentes, reſtringi debent ad procuratorem eum, cui expreſſe libera adminiſtratio commiſſa eſt, ex *l. 60. Digeſt. mandati.*

Denique non aduerſatur, quod præterea Donellus obiicit verbum *liberè* nũquam facere, nec eam vim habere, vt res domini pro arbitrio alienare procuratori liceat. Libera enim adminiſtratio non deſinit eſſe adminiſtratio; pugnat autem cum adminiſtratione rerum non tantum eas donare & perdere, vt eſt in *l. filiusfam. Digeſt. de donat.* ſed etiam res alienare vbi non expedit: adminiſtratione enim conceſſa, res ſunt adminiſtrandæ datæ: qui autem alienauit, deſinit habere, quod adminiſtrat. Denique rectè iſta opponuntur in *l. 1. ff. de offic. proc. Caſ.* alienare rem domini & rectè gerere.

Reſpond. hoc inquam non aduerſatur: nec enim putandum eſt, mandati iſtius cum libera hanc eſſe vim vt procuratori concedat pro ſuo lubitu graſſari in bona domini, eaque pro ſuo arbitrio diſtrahere & alienare, quantumuis hoc futurum ſit domino detrimentoſum, ſed concedere ſolum poteſtatem bona ſine alio ſpeciali & expreſſo domini mandatu alienandi, ſi hoc è re domini viſum fuerit: nam ſic & dominus interdum peculij liberam adminiſtrationem ſeruus concedere ſolet *leg. ſi liberam. Codic. quod cum eo*, vbi certè dictu abſurdum foret, ſeruo conceſſam poteſtatem diſtrahendi bona peculiaria pro ſuo lubitu, & tunc etiam quando id non fuerit vtile, ſed damnoſum domino. Quocirca qui liberam habet poteſtatem adminiſtrandi bona domini, is non aliter intelligitur bona alienare poſſe ex mandatu, quam ſi commodo ſit ceſſura alienatio domino, cum is, cui libera adminiſtratio conceſſa non eſt, ne tunc quidem alienare poſſit, cum profutura eſt alienatio domino.

Adminiſtratio itaque & recte gerere ſibi opponuntur in *dict. leg. 1.* quia procuratori Cæſaris alienatio bonorum non eſt conceſſa ſed adempta. Deinde opponitur alienare rectè gerere, ſi fiat alienatio nulla vrgente neceſſitate, nec vlla domini ſuadente vtilitate.

Procurator negotiorum forenſium dicitur etiam procurator iudicialis ſeu iudiciorum, item procurator ad agendum & ad lites, quoniam ipſi adminiſtratio litis & negotiorum forenſium ſeu iudicialium commiſſa eſt.

Qu. 11. *An procurator in rẽ ſuã ſit ꝓpriè procurator & ſtatuto de procuratore loquente con inea-turi?*

De procuratore qui in rem ſuam dicitur, vtrum procuratoris appellatione propriè veniat? non fruſtra dubitatur. Si quidem definiente Icto in *l. 1. pr. ff. de procurat.* Procurator eſt qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat.

Atqui procuratorem in rem ſuam, etſi mandatu domini negotium adminiſtrãdum ſuſcipit; non tamẽ tam alienum quã proprium negotium ipſum adminiſtrare conſtat: quandoquidem in rem & vtilitatem ſuam demandatum negotium adminiſtrat, dum actiones ceſſas ſibiq; mãdatas in ſuum duntaxat commodum & emolumentũ exercet *l. 4. C. de proc. l. 6. §. vlt.*

ff. mandat. Vnde & procurator in REM SVAM dicitur.

Atque hoc non obſcure ſignificat Imper. Alexander in *l. 9. C. de procurat.* in hæc verba ſcribens: *Qui ſtipendia merentur, ſuis negocijs ſupereſſe inoffenſa diſciplina poſſunt: nec poteſt dici eum qui honeſta & verecunda præcedente cauſſa mandatas ſibi actiones exercuerit, alieno negotio fungi:* cum, licèt contentio ex perſona alterius ſumatur: hunc tamen rem ſuam gerere non ambigatur.

Et Vlpianus in *l. 1. §. 11. & 12. Digeſt. quand. appell.* ita ſcribit: *In propria cauſa biduum accipitur: propriam cauſam ab aliena quomodo diſcernimus? Et palam eſt, eam eſſe propriam cauſam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem ſuo nomine pertinet, quare procurator niſi in ſuam rem datus eſt, tertium diem habebit: in ſuam rem datus, magis eſt vt alteram diem obſeruet, ac ſi in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi poteſt, vtrum biduum vel triduum obſeruetur, & magis eſt, vt ſuo nomine biduum alieno triduū obſeruetur.*

Effectu itaque vltimo conſiderato, procurator in rem ſuam, non alienam, ſed propriam cauſam agit *d. l. 4. & d. l. 9. C. de procurator.*

Cui conſequens eſt, quod appellatio procuratoris propriam veram & genuinam vocabuli ſignificationem non complectatur procuratorem in rem ſuam. Etenim cui definitio non conuenit, nec definitum propriè attribui poteſt: atqui definitionem procuratoris ſuperi⁹ adductā ex *l. 1. pr. de procur.* non poſſe accommodari huic procuratori in rem ſuam paulò ante luculenter oſtenſum eſt: proinde non niſi abuſiuè & impropriè procurator dicitur qui in rem ſuam conſtitutus eſt.

Vnde rurſus Autor noſter concludit quod ſtatutum, de procuratore loquens, non extendatur ad procuratorem in rem ſuam conſtitutum. Cuius concluſionis ratio hæc eſt, quod verba ſtatuti ſtrictè atque in propria ſignificatione capiuntur. Atque ita Ludolphus Sichard. *Tract. feud. part. 10. sect. 18. numer. 5. & numer. 105. cum ſeq.*

Cæterum procuratorem in rem ſuam ab actore, non conſentiente atque inuito debitore conſtitui poſſe vix dubitatur.

Qu. 3. An procuratorē in rē ſuā debitor inuito creditore conſtituere poſſit? Et viceuerſa?

Hoc quippe Imperator Alexander expreſſe reſcripſit *in leg. 3. Cod. de heredl. vel act. vend. Nominis* inquiens, *venditio, etiam ignorante vel inuito eo, aduerſus quem actiones mandantur, contrahi ſolet.*

Et in *l. 1. Cod. de nouat.* Idem Imperator: Delegatio, ait, debiti, niſi conſentiente & ſtipulante ac promittente debitore iure perfici non poteſt. Nominis verò venditio & ignorante vel inuito eo, aduerſus quem actiones mandantur, contrahi ſolet.

Et in *l. 2. Cod. de donat.* Si nominis perſecutionem in te emancipatam pater tuus titulo donationis tranſtulit, fruſtra prætendit, qui debitori tuo heres extitit, conſenſum fuiſſe debitoris neceſſarium, cum ſatis fuerit actiones eo nomine tibi mandatas fuiſſe.

Ex his liquere arbitror, quod actor ſua ex parte procuratorem in rem ſuam, aduerſarij conſenſu etiam non accedente, conſtituere poſſit; id quod etiam pluribus perſecutus ſum; ijs quæ obſtare videbantur, fundamentis diſſolutis, in *Reſolut. iur. ciuil. lib. 4. patrt. 7. q. 4. vbi vide.*

Sed vtrum & reus ſeu debitor ſine conſenſu creditoris ſiue actoris conſimiliter ſua ex parte procuratorem in rem ſuam conſtituere poſſit, eique ius ſuum in actoris præiudicium cedere valeat? quærit Autor noſter, & concludit tandē quod hoc reo non liceat.

Quæ ſententia & mihi omnium videtur eſſe veriſſima: ac nititur expreſſis iuris noſtri fundamentis.

1. Nam primo in *l. 2. Cod. de act. vel hered. vend.* Antoninus Imperator diſerte ſcri-

ſcribit: *Eum qui hereditatem alteri emit, ipſum cogi reſpondere creditoribus hereditarijs, nec emptorem hereditatis illius ſubſtituere adverſarium poſſe.*

2. Quo etiam facit quod Dioclet. & Maximin. Impp. in *l. 25. C. de pact.* reſcribunt: *Pactionibus creditorum petitionem nec tolli nec mutari poſſe*: Atqui mutaretur petitio creditorum pactione debitoris, ſi huic fas eſſet procuratorem in rem ſuam conſtituere eidemque ius ſuum cedere.

3. Accedit quod & ICtus ſcribit in *l. 45. §. ſed ſi mandato. ff. mand.* Neminem cogi mutare debitorem vel obligationem in re aliqua ſibi conſtitutam.

4. Eodemque pertinet & illud quod in *l. ſi mulier 77. §. ex aſſe. ff. de iure dot.* aſſeritur, quod nempe heres, qui vigore fideicommiſſi obligatus eſt alteri, reſtituere hereditatem, hoc ius paſſiuum in alium transferre nequeat.

Neque huic ſententiæ refragatur quicquam quod actor, inuito & ignorante debitore, procuratorem in rem ſuam conſtituere valeat: regulà autem iuris ſit quod non debeat creditori licere, quod debitori non permittitur. *l. non debet actori. ff. de R. Iur.* Quodque rei ac debitoris conditio ſemper ſit melior ac fauorabilior, quam conditio actoris.

Reſp. hoc inquam non obſtat: nam adductæ regulæ procedunt & locum ſibi vindicant, quando eadem prorſus eſt ratio actoris & rei: non vbi diuerſa illorum ratio occurrit: atqui, in propoſito negotio diuerſiſſima ratio eſt actoris & rei. Etenim creditor actionem ſuam vendere & in emptorem transferre poteſt, quia hoc facto debitori nihil omnino nocet. Nam qui conuenitur, aut reuera debet; aut nõ debet, priori caſu nihil intereſt debitoris vtri ſoluat, procuratori, an vero ipſi domino: nec refert à quo conueniatur: ſiquidẽ nullam poteſt actoris vexationem metuere, vt quam facile poſſit ſoluendo euitare: poſteriori vero caſu cum nihil debuit domino, nihil etiam debet procuratori, quoniam hic ex cedentis ſolum perſona agit.

At contraria ratio in creditore obtinet, ſiquidem talis ceſſio, à debitore facta, valde detrimentoſa creditori exiſtere poteſt: quid enim ſi ſoluendo non ſit nouus debitor? Deinde vt maxime ſoluendo ſit, fieri tamen poteſt vt nolit ſoluere creditori, quamuis iniuria, ſed malit iudicio litigare: hinc incommoda creditori naſcentur plurima. Quid enim ſi debitor nouus ſit potens, qui mora vexare poſſit creditorem? Quid ſi ſit litigioſus? Merito itaque propter hæc incommoda placet debitorem obligationem ſuam in alium, ſine conſenſu creditoris transferre non poſſe.

Adde quod cred[illegible] actionem alteri cedendo, nihil quicquam iuris auferat debitori, quod prius ipſi fuerit quæſitum: At debitor, alteri obligationem ſuam cedendo, ipſumque ſubſtituendo auferret ius creditori in ipſum debitorem quæſitum, contra vulgarem iuris regulam in *l. id quod noſtrum. Digeſt. de R. Iur.*

Etſi porro de procuratore ſolum iudiciali hoc loco agendum exiſtimet Autor noſter, propterea quod & in *tit. Digeſt. & Cod.* de procuratore ſolum iudiciali agatur. Mihi tamen verius videtur in genere de procuratore tam iudiciali, quam extraiudiciali prædictis in titulis ex profeſſo tractari: non ſolum idcirco quia in frontiſpicio tituli *Digeſt. de procurator.* definitur procurator, quod ſit is, *qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat.* Quam definitionem generalem eſſe atque extraiudicialem quoque procuratorem comprehendere ipſemet Autor noſter fateri cogitur: ſed etiam propterea quia non minus in *dd. tit. Digeſt. & C.* de procuratore extraiudiciali agitur, Lit. B.

 quam

quam de procuratore iudiciali, vt ſingulæ prope leges iſtorum titulorum luculenter demonſtrare videntur.

Procurator iudicialis recte definitur, quod ſit is, cui permiſſa eſt alienæ rei actio vel defenſio.

Tametſi etiam non licuerit olim alieno nomine in iudicio experiri, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela *prin. I. per quos ager.* vſus tamen & neceſſitas Reipubl. tandem hoc extorſit vt per procuratorem perſonamque intermediam agere ſeque defendere liceret. Vnde Vlpianus vſus, ait procuratorum perquam neceſſarius eſt, vt qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe vel nolunt, vel non poſſunt per alios, poſſint vel agere vel conueniri *l. 1. §. fin ff. de proc.*

Quin & Iuſtinianus teſtatur non minimam incommoditatem hoc habuiſſe, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licuerit, cum & morbus & ætas & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ cauſæ ſæpè hominibus impedimento ſint, quominus rem ſuam ipſi exequi poſſint *tit. Inſt. per quos ager.*

Quocirca non ſolum volente ac conſentiēte aduerſario, ſed inuito quoq; eo & repugnāte permiſſum eſt per procuratorem litigare, ſic vt nemo quiſquam compelli poſſit perſonaliter in iudicio comparere ſuamque cauſam procurare & adminiſtrare; id quod vſus etiam hodiernus iudiciorum comprobat.

Nec huic veriſſimæ receptiſſimæque ſententiæ quicquam obſtat, quod nemo aduerſus alium iudicio experiri poſſit, niſi aduerſus eum actionem habuerit, cum actio ſit ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur *princ. Digeſt. de action.* Procurator vero aduerſus eum, quo cum agit, actionem non habet, vt cui deſint cauſæ, quæ actionem pariunt, cum is cum quo agit, nihil cum ipſo contraxerit, nihil etiam in ipſum deliquerit, proinde nec perſonalis actio naſci potuerit; nec etiam rem vllam procuratoris poſſideat detineatue, cuiꝰ nomine in rem actio competere poſſit. Igitur non videtur ex hac cauſa procuratori vlla competere actio, in rem vel in perſonam.

Reſpond. hoc, inquam, non obſtat: ſiquidem procurator non ſuo, ſed alieno nomine agit, nec ius ſuum propria, ſed ius alienum aliena perſequitur actione *l. 1. Digeſt. de procurator. princ. 4. per quos agere.*

Similiter non aduerſatur, quod nemo cogitur inuitus cum alio contrahere ac contrahendo ſeſe illi obligare: cum omnes contractus ab initio ſint voluntatis & ex poſt facto demum efficiantur neceſſitatis *l. ſicut Cod. de obligat. & act.* iudicio autem quaſi contrahitur *l. 3. §. idem ſcribit ff. de peculio.* Nemo itaque inuitus cum procuratore iudicio experiri cogitur.

Reſpond. maior ſiquidem propoſitio regulam continet, quæ ſuas patitur limitationes & exceptiones, prout oſtendit exemplum tutoris, qui inuitus tutelam ſuſcipere, ac ſuſcipiendo cum pupillis eiuſdemque creditoribus ac detoribus quaſi contrahere cogitur. Quin & tunc fallit prædicta regula ſuumque perdit officium, quando contractum iniri publica ſuadet vtilitas *§. final. Inſtit. de his qui ſui vel alieni iuris.* At publica ſuadet vtilitas iudicio experiri & litigare per procuratorem poſſe *d. l. 1. ff. de procurat.*

Deniquè non aduerſatur quod nemo poſſit alieno nomine lege agere *l. nemo 123. de Reg. Iur.* Igitur nemo poſſit alieno nomine iudicio experiri actionemq; exercere.

Reſp. ad hoc enim rectè reſpondetur, aliud eſſe agere ſimpliciter & aliud lege agere nomine alieno. Hac ſiquidem poſteriori locutione ſignificantur legis actio-

ctiones ſeu actus legitimi, qui per procuratorem peragi nequeunt, de quibus ſolis *d. l. nemo.* loquitur.

Ex his proinde liquet neminem cogi inuitum propria in perſona in iudicio comparere ſuumque ius ibidem perſequi aut ſe defendere, ſed per intermediam procuratoris perſonam quemque id facere poſſe, ſunt tamen caſus quidam, quibus perſonaliter quiſque comparere & litigare compellitur.

Cæterum in plerisque bene conſtitutis iudiciis hodie certi & ordinarij atque iurati conſtituuntur procuratores per quos agatur, quos tamē & ipſos ab aduocatis differre certiſſimum eſt.

Qu. 4. Quidnā differat procurator ab aduocato?

Primo enim procurator per mandatū conſtituitur *l. 1. ff. de proc.* Aduocatus verò ſine mandatu conſtituitur. 2. Aduocatus habet clientem cum cuius cauſam perorat. Procurator vero dominum habet cū cuius cauſam in iudicio procurat. 3. In aduocato requiritur iuriſperitia & facundia: in procuratore vero non item: quoniam aduocatus cauſam clientis ſui agit & ius ei ſuppeditat: procurator vero cauſæ adminiſtrationem duntaxat ſuſtinet, ipſe cauſam non orat, ſed aduocato inſtrumenta & cognitionem totius negotij ſubminiſtrat. 4. Aduocatus in iudicio ſatiſdare nō cogitur. Procurator vero ſine ſatisdatione non admittitur *tot. tit. I. de ſatisd.* 5. Aduocatus in iudicio præſtat iusiurandum ſolenne ac legitimum *l. rem non nouam. §. Patroni. Cod. de iudic.* At procuratores non item. 6. Officium aduocationis eſt honorabile & laudabile, ad quod infamibus nullus patet aditus *l. aduocati C. de aduocat. diuerſ. iudicior. l. 1. & leg. laudabile Cod. de aduocat. diuerſ. iudic.* Officium vero procuratoris vile eſt *l. ſi quis procurationem C. de decur.* De qua tamen differentia mox plura dicentur. 7. Procurator poſt litem conteſtatam dominus litis efficitur: aduocatus non item *l. 1. Codic. de error. aduocat.* 8. Poſtremò & eo differunt procurator & aduocatus, quod aduocatus cogitur inuitus patrocinium alicuius ſuſcipere ſub pœna priuationis officij *l. prouidendum in verb. careat foro. Codic de poſtulando.* Procurator vero inuitus non cogitur ſuſcipere mandatum *l. inuitus Codic. de procurator.* Cuius differentiæ rationem hanc aſſignat Gailius quod aduocationis officium ſit publicum & neceſſarium: procurationis vero officium ſit priuatum. Ratio huius & hæc aſſignari poteſt, quod procuratores per contractum mandati conſtituuntur *l. 1. Digeſt. de procurator. l. 42. Digeſt. eod. l. 8. Digeſt. mandati.* Omnis autem contractus ab initio ſit voluntatis, licet ex poſtfacto fiat neceſſitatis *l. ſicut C. de obligat. & act.*

Quod tamen in procuratoribus Cameræ ſecus ſe habere, teſtatur Gailius, qui perinde eos ad procurationem ſuſcipiendam cogi ait, atque aduocatus ad ſuſcipiendum patrocinium; idque ideo quia officium procuratoris in Camera non ſit vile, ſed honorabile, tam ratione perſonarum (quod nemo ibi in numerum procuratorum recipiatur, niſi ſit Doctor & Licentiatus) quam ratione loci, quia ſit conſiſtorium ſummi principis, ſcilicet Imperatoris & Statuum Imperij.

Quod ipſum quoq; in ordinariis & iuratis procuratorib. quiq; intra numerum ſunt, quales plerorumq; bene conſtitutorum iudiciorum procuratores eſſe ſupra dictum eſt, ſtatuendū videtur, ob paritatē rationis: quoniam & horum officium eſt publicum & honorabile. Quin etiam in Gallia procuratorum munus publicū eſſe, eoque à principe creari cuiuſcunq; fori intra certum numerum, qui negotia priuatorum per iudicem ſuſcipere cogantur inſtar aduocatorum, ſcribit Franc. Duarenus *de procurat. c. 1.*

Qu. 5. Quid defenſor differat à procuratore?

Defenſorem à procuratore eſſe diſcernendum docet aperte *rubric. tit. de*

pro-

procuratoribus & defenſoribus. Etſi autem vulgo procurator ac defenſor hoc modo diſcernantur, quod procurator ſit is, qui actoris cauſam agit: defenſor vero, qui reum in iudicio defendit.

Rectius tamen ac melius ita eos ab inuicem diſtingui opinor, quod procurator ſit is, qui mandatu vel actoris vel rei iudicium ſuſcipit: defenſor vero, qui ſine mandatu reum in iudicio defendit: vt ita procurator ſit & actoris & rei, defenſor vero non ſit actoris, quatenus actor eſt, ſed rei duntaxat: procurator ab alterutro, actore inquam, vel reo habeat mandatum, defenſor verò ſit ſine mandatu.

Atque hanc ſententiam eſſe veriſſimam, exinde conſtat in *l. 1. pr. ff. de procurat.* in genere procurator definitur quod ſit is, qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat *l. 1. pr. ff. de procur.* Atqui hanc definitionem competere ei quoque, qui reum mandatu ipſius in iudicio defendit, plus quam manifeſtiſſimum eſt, quocirca & hunc proprie procuratorem dici negari non poteſt.

Accedit textus apertus in *l. 1. Codic. de ſatisdat.* vbi fit mentio procuratoris rei vel defenſoris, vnde liquet, quod alius ſit rei procurator & alius defenſor.

His addenda eſt *l. 2. Cod. de procurator.* in qua filius, qui patrem defendebat, expreſſe procurator dicitur, proinde procurator non ſolum actoris eſt, ſed rei quoque.

Confirmat denique hoc ipſum luculenter Imperator Iuſtinianus dum in *§. pen. I. per quos agere*, ita ſcribit: *Cuicunque enim permiſeris rem tuam agere & defendere, is tuus procurator dicitur.*

Ex ſententia itaque Iuſtiniani, qui ex mandatu reum defendit, is procurator eius dicitur, nec omnis, qui reum defendit, defenſor in ſpecie dicitur; ſed qui re ſine mandatu defendit.

Defenſor porro eſt vel abſentis, vel præſentis rei: ille defenſor ſpecifice dicitur: At hic olim cognitor dicebatur. Atque ad hunc ſpectat *tit. in C. Theodoſ. de cognitor. & procurat.* Eodemque pertinet *tit. 2. de cognitoribus lib. 1. recept. ſent. Pauli.* quin & apud Ciceronem in *Orat: pro Roſcio Comado* hoc ſenſu cognitor dicitur, cui ſine mandatu cauſam ſuam agendam præſens, præſente iudice, litigator iniungit, cum procuratori per mandatum cauſa permittatur. Et defenſor ſine mandatu abſentis cauſam in iudicio ſuſcipiat.

Aſcanius quoquè Pædianus in *diuinat. Ciceron. Qui inquit, defendit alterum aut Patronus dicitur, ſi Orator eſt, vel Aduocatus, ſi aut ius ſuggerit aut præſentiam ſuam amico accommodat, aut procurator ſi negotium abſentis ſuſcipit, aut cognitor, ſi præſentis cauſam nouit, & ſic tuetur vt ſuam.*

Quanquam me non lateat Iohannem Robertum, non poſtremi nominis Iuriſconſultum, præcipuam procuratoris & cognitoris differentiam in hoc conſtituere, quod procuratores ſuo nomine litem conteſtentur, eamque ſuo etiam nomine peragant, vt & domini litis poſt litis conteſtationem dicuntur *l. 22. & 23. Dig. de procurat.* cognitores vero non ſuo, ſed mandantis nomine litem exequuntur.

Verum quia, Donellus *18. comm. 3.* Cuiac. *1. recept. ſent. Pauli. 2.* Alciat. Robertus in locis ab Autore allegatis, vt & cæteri iuris interpp. vnanimiter ſtatuunt, Iuſtiniani tempore cognitores eſſe ſublatos nullamq; illorum amplius in iure noſtro mētionē fieri, non videtur curæ operæq; precium eſſe plurib. in iſtam cognitoris, procuratoris & defenſoris differētiam inquirere, ſed hæc ad ſentētiam autoris noſtri explanandam ſufficere poſſunt. *Lit. D.*

Qu. 6. Anne procuratoris datio ſit actus legitimus? quærit hîc Autor noſter circa *An procuratoris*

ris datio ſit actus legitimus? circa quam quæſtionem ab inuicem diſſentiunt Iacobus Cuiacius & Franciſcus Hotomannus. De qua quidnam ſtatuendum ſit, priusquam exponamus, ad meliorem ac pleniorem huius quæſtionis intellectum explicandum eſt breuiter, quidnam ſit actus legitimus?

Sciendum itaque eſt actus legitimos non dici quoſuis actus iure introductos & approbatos, ſed eas duntaxat legis actiones quę ſolennitate quadam iuris certisque verborum formulis peragi debent. Huiuſmodi actus vtrum ſit procuratoris datio, inter Fr. Hotomannum & Cuiacium, vt dixi, olim controuerſum fuit: Hotomannus enim affirmatiuam amplexus, tueri conatus eſt, quod datio procuratoris actus ſit legitimus, idque ex hoc fundamento, quia procurator dari ſine ceſſione actionis, hoc eſt, ſine mandatu non poteſt: quodque procuratorem ad agendum dare nihil aliud ſit quam actionem cedere, mandare, præſtare, exhibere, quoniam ita ius ciuile comparatum ſit, vt actionem vni quæſitam, exercere alter ſine ceſſione non poſſet *leg. 1. Cod. per quas perſonas nob. acquir. leg. 11. Digeſt. de obligat. & action.* ceſſio vero actionis eſt actus legitimus. Igitur & procuratoris datio, quæ fit per ceſſionem.

Cæterum Cuiacius hac ratione negandum duxit, quod datio & conſtitutio ſit actus legitimus; quoniam actus legitimus lege debeat eſſe introductus: At procuratoris datio non lege aliqua, ſed moribus introducta ſit ac conſtituta.

Et quod actus legitimus, vt paulo ſupra dicebatur ſolennitate quadam ſolennique verborum formula peragendus veniat: procuratoris autem datio non certis & ſolennibus, ſed nudis ac vulgaribus verbis fieri ſoleat.

Ego Cuiacij ſententiæ ſubſcribendum cenſeo: non obſtante Hotomanni ratione modo adducta: quod enim aliud ſit procuratorem conſtituere ad litem & aliud cedere actionem certiſſimum eſt: qui enim cedit alicui actionem, is mandat quidem actionem illi exercendam, ſed in rem & vtilitatem ipſius cui cedit: Vnde etiam hic ceſſionarius dicitur procurator in rem ſuam *leg. 4. Cod. de procurat.* quem abuſiue procuratorem dici, ſupra fuit oſtenſum. Qui actiones alij cedit, in effectu ſibi non retinet, ſed quo ad omne commodum & emolumentum, ad ceſſionarium transfert, ita ceſſionarius non alienam, ſed propriam litem exercere dicatur. *dict. leg. 4. & leg. 1. §. 11. & §. 12 Digeſt. quand. appell.* vide quæ ſupra dixi ſub *lit. A. huius theſ. q. 2.* At procurator, cui mandatur actio, non propriam ſed alienam litem perſequitur *leg. 1. prin. Digeſt. de procurat. & tot. tit. I. per quos agere.*

Et quanquam poſt litem conteſtatam ſubtilitate iuris procurator efficiatur dominus litis: ipſe tamen principalis, veritate inſpecta, dominus eſt, vt ad quem omne emolumentũ & damnũ litis redeat.

Nec multum ad rem facit quod ex *l. 1. C. per quas perſonas nob. acquir.* aiunt, quod actionem vni quæſitam alius ſine ceſſione exercere non poſſit: nam hoc verum eſt ac locum habet, quando quis actionem vni quæſitam ſuo nomine inque ſuam vtilitatem exercere deſiderat; non vero quando alieno nomine inque alterius commodum actionem ſuſcipere & exercere cupit.

Lit. E. Porro quanquam olim per procuratorem in certis ſaltem quibusdam cauſis agere licuerit, progreſſu tamen temporis, ſuadente & exigente vtilitate ac neceſſitate hominum, in quauis cauſa ciuili per procuratorem iudicio litigare permiſſum fuit, paucis exceptis cauſis, de quibus quisque propria in perſona litigare cogitur.

Qu. 7.

An in cau– Talis vtrumne ſit cauſa & quæſtio ſta-

Hhhh tus

ſa ſtatus procuratorem liceat litigare?

tus quæſitum fuit? Et quidem ſi quis in poſſeſſione libertatis conſtitutus inque libertate hactenus moratus, ex libertate nunc in ſeruitutem petatur, non ſolum per ſemetipſum, ſed & per procuratorem ſtatum ſuum defendere poteſt; id quod apertè cautum eſt in *leg. 1. Cod. de Aſſert. toll.* in qua ita Iuſtinianus ſcribit: *Lites ſuper ſeruilem conditionem mouendas ad clementiorem tam examinationem, quam terminum transferemus, iubentes, ſi quis vel adhuc ſeruiens liberum ſe eſſe dixerit, vel in libertate commorans ad ſeruitutem vocatus fuerit, adſertoris difficultatem in vtroque caſu ceſſare, ipſumque per ſe & ad intentionem eius qui dominum ſeſe adſerit reſpondere: et ſi ex poſſeſſione libertatis ad ſeruitutem ducitur, etiam procuratorem dare minime prohiberi.*

Sed vtrum is quoque, qui è ſeruitute ad libertatem proclamat & in libertatem ſeſe vindicare conatur, poſſit procuratorem in cauſa hac ſtatus dare, valdè controuerſum eſt: etenim in *leg. 33. §. 1. Digeſt. de procurator.* Vlpianus affirmatiuam confirmare videtur, dum ita ſcribit: *Eum, qui de ſtatu ſuo litigat, procuratorem habere poſſe non dubitamus, non ſolum in adminiſtratione rerum, ſed etiam in actionibus quæ ei vel aduerſus eum competunt, ex poſſeſſione ſiue ſeruitutis ſiue libertatis de ſtatu ſuo litigat: ex contrario quoque eum procuratorem dari manifeſtum eſt, cui & ratio accedere videtur, quod qui è ſeruitute ad libertatem proclamat, poſt litem, de ſtatu conteſtatam, pro libero habeatur & idcirco, ſicut liber & is qui è libertate in ſeruitutem petitur, procuratorem habere & dare poteſt.*

Sed contra quod qui è poſſeſſione ſeruitutis ad libertatem prouocat, non poſſit in iſta ſtatus cauſa, ſiue in lite hac ſuper ſtatu procuratorem dare, probat *leg. 1. Cod. de aſſert. toll.* Illic enim cum initio Iuſtinianus ſanciuiſſet, vt qui ex poſſeſſione libertatis ad ſeruitutem ducitur, procuratorem dare poſſit, ita porro ſubiicit: *Quod his qui ex ſeruitute ad libertatem proſiluerint, penitus interdicimus, illis legibus quæ dudum & ſecunda & tertia vice adſertorias lites examinari præcipiebant, in poſterum conquieſcentibus.*

Ex hac itaque lege dicendum eſt, quod de ſtatu litigans vnico iſto caſu, quo ex poſſeſſione libertatis in ſeruitutem ducitur, procuratorem dare in cauſa ſtatus poſſit: At ex poſſeſſione ſeruitutis in libertatem, qui ſe vindicare cupit, non item.

Nec obſtat in contrarium adducta *lex 33. Digeſt. de procurator.* communis eſt enim ad eam legem reſponſio, quod nempe intelligi debeat de aliis litibus ſiue cauſis, & non de lite ſiue cauſa liberali, ſiue ſtatus: ita vt litigans de ſtatu ſuo procuratorem dare poſſit non in lite ſua de ſtatu, ſed in aliis cauſis quibuslibet, veluti ex contractu, ex dominio & aliis ex cauſis deſcendentibus.

Ratio autem hęc eſt, vt qui procuratorem dare poſſit ad lites, debet haberi pro libero. Nam ſeruis id conceſſum non eſt *leg. ſeruum prin. Dig. de procur.* tunc autem pro libero habeatur, quando lis de ſtatu ſit conteſtata. *l. Ordinata 24. pr. ff. de liberal. cauſ. l. lites 14. cap. eod.* Quamobrem poſt litem conteſtatam poteſt aliis in cauſis dare procuratorem ad iudicia, quaſi homo liber: ad cauſam autem liberalem procuratorem dare nequit, nec ante litem conteſtatam, quia nondum habetur pro libero, nec poſt litem conteſtatam, quia non ſolet dari procurator, h. e. non poteſt dari, niſi cauſâ cognitâ *arg. l. poſt litem ff. de procur.*

Qu. 8. *An in popularibus actionib. poſſit agi per procuratorē?*

Non exiguæ etiam difficultatis eſt hæc quæſtio, vtrum in popularib. actionibus procurator interuenire poſſit?

Ad quam Autor noſter reſpondet diſtinguẽdo, vtrum actor principaliter cauſam ſuam damnumque ac intereſſe priuatum perſequatur actione populari: an vero vin-

ſto vindictam publicam publicumq; intereſſe; vt priori caſu procurator admittatur; poſteriori vero non item. Quæ diſtinctio, etſi per ſe vera ſit, & *l. 42. pr. ff. de procur.* expreſſe confirmetur: ad propoſitam tamen quæſtionem expediendam non ſufficit.

Proinde circa hanc quæſtionem diſtinguendum puto: inter actorem ſeu accuſatorem & reum, vt actor quidem populari actione non poſſit dare procuratorem: reus vero poſſit.

Quæ diſtinctio totidem ferè verbis proponitur in *l. 5. ff. de popul. act.* vbi Paulus ICtus: *Qui populari* inquit, *actione conuenitur ad defendendum procuratorem dare poteſt: is autem qui eam mouet procuratorem dare non poteſt.*

Quod igitur ad actorem vel accuſatorem attinet, rurſus cum Autore noſtro diſtinguendum puto, ſic vt is, tum demum ad popularem actionem exercendam procuratorem dare non poſſit, quãdo principaliter de publico intereſſe atq; ad vindictam publicam agitur: tunc verò poſſit, quando de priuato damno deque priuato intereſſe populari actione quis experitur.

Quæ ſubdiſtinctio fundatur in *l. 42. pr. ff. de procuratoribus.* in qua Paulus ICtus in hæc verba ſcribit: *Licet in popularibus actionibus, procurator dari non poſſit: tamen dictum eſt merito eum, qui de via publica agit, & priuato damno ex prohibitione adficitur quaſi priuatæ actionis dare poſſe procuratorem.*

Et ſanè cur accuſator popularem actionem, ad publicam vindictam exercens, deque damno & intereſſe publico agens, procuratorem dare nequeat, ratio non vna adferri poteſt.

Etenim non iure datur quis procurator ad actionem, quam ſuo iure ſuoque nomine cum effectu habet *arg. §. 3. & 5. leg. 42. Digeſt. de procurat.* Atqui quemcunque procuratorem elegerit is, qui vult populari actione experiri, ille etiam ſine mandatu, ſuo nomine, vt vnus è populo eam actionem habet, proinde is, qui popularem actionem exercere vult, nullum è populo dare & conſtituere poteſt procuratorem.

Accedit huic & iſthæc ratio, quod procuratorem nemo conſtituere poſſit, qui non ſit dominus rei, ſeu cauſæ *arg. leg. 1. Digeſt. de procurat. in prin.* Atqui ante litem conteſtatam nemo ex populo actionis popularis eſt dominus *leg. pœnalis. ff. ad Falcid. leg. pen. Digeſt. de populari actione leg. pen. de verb. ſignif.* Qua etiam de cauſa nec ante litem conteſtatam pro actione populari fideiuſſor conſtituitur, quia nec antequam quis litem conteſtatus ſit, ex ea quicquam cuiquam debere intelligitur *leg. ſi quis pro eo. in fine, Digeſt. de fideiuſſoribus.* Poſt litem conteſtatam, etſi quodammodo ſuum priuatum commodum actor perſequi videatur, pœnam ſcilic. pecuniariam, quam alibi dixi actori & non fiſco applicari; reuera tamen adhuc publica eſt actio, etiam poſt litem conteſtatam, quoniam primò ac principaliter comparata eſt, ad vindictam publicam perſequendam: vnde Paulus in *l. 1. Digeſt. de populari act.* Eam, inquit, popularem actionem dicimus quæ ſuum ius populo tuetur.

Addi poteſt & hæc ratio, quod quiſq; è populo tacitum quodammodo habere videatur mandatum de populari exercenda actione, deque iniuria toti Reipubl. illata proſequenda ac vindicanda: quocirca valdè abſurdum eſſet, vt qui populi procurator eſſe noluit, in eodem negocio agat procuratorem priuati.

Quod ſi quis populari actione experturus principaliter priuatum damnum perſequi velit, procuratorem idcircò dare poteſt, quoniam tunc non tam populari ac publica actione quam actione priuata agere intelligitur, vt haud obſcurè hoc ſignificat ICtus in *d. l. 42. ff. de procur.*

Et huius duo proponuntur exempla in initio *dict. leg. 42.* Vnum, ſi quis via publica vti prohibeatur, per quam ſolebat, exempli gratia, in fundum ſuum commeare, ſi ex ea re atque ex ea prohibitione damnũ in rebus ſuis ſentiat, nempe ei cõpetit interdictum populare de via publica, in quo tantum habetur ratio priuati damni, quanti ſcilicet eius interſit viam ſibi publicam non prohiberi. Qua ratione eam actionem, quaſi priuatam, procuratori mandare poteſt etiam ante litem conteſtatam *l. 45. §. qui ita ff. de proc. l. pen. ff. ne quid in loco publico.* Alterum exemplum eſt in actione populari ſepulchri violati, quam multo magis ait Paulus, procuratori mandari poſſe, ſi ad eũ res pertineat, ſi ſepulchrum quod violatum eſt, familiare aut hereditarium ſit. Ideo autem multo magis, quia eius actionis, quamuis ſit popularis, formula non de loco publico concipitur, vt interdictum ſuperius de via publica, ſed de ſepulchro ſiue monumento, quod etſi religio occuparit, tamen videtur eſſe priuati iuris & ad heredem pertinere, qui agit de ſepulchro hereditario, vel ad cognatum qui agit de ſepulchro familiari, quia ius eius ſepulchri habet proprium non commune cum populo *l. 2. §. ſed & illa ff. de interdict.*

Et hoc aperte confirmat quoque Paulus in *d. l. 45. § 1. ff. de proc. Qui*, inquiens, *ita de publico agunt, vt & priuatum commodum defendant, cauſa cognita permittitur procuratorem dare.*

Et ita Duarenus *de procuratoribus capit. 6. circa finem.* Weſenbec. *in parat. de proc. numer. 5.* Giphan. *in lectur. Altorfin. ad leg. 42. num. 2. Digeſt. de procur.* ibidemque Cuiac. *in Paulo*, vbi & Anton. Faber *in Rationalibus.* Donell *18. comm. 10.* & ibi Oſwaldus Hilliger. *lit. B.* Reus populari actione conuentus procuratorem indiſtincte dare poteſt *d. l. 5. ff. de popul. act.* non ſolum qa is, qui populari actione conuenitur propriam rem tuetur, nec procuratoris, ſed domini iure vtitur, vt ita rationes, qua ſupra dixi actorem prohibere per procuratorem accuſare, in reo penitus deficiũt, ſed etiam quia popularis reſpectu actoris eſt publica, vt qui ad publicam vindictam agat: reſpectu vero rei eſt priuata, vt qui ius ſuum duntaxat tueatur ac defendat.

Adeo vt nihil penitus interſit an à populo populique nomine, an à priuato iure priuati nomine conueniatur. *Dd. ſupra allegati.*

In criminibus capitalibus, vtrum poſſit accuſator per procuratorem agere, quæſtio eſt vulgaris, non tamen perinde expedita? Veriſſima tamen videtur negãtium ſententia, quæ aperte confirmatur *l. pen. ff. de publ. iudic.* vbi ſic Papinianus: *Ad accuſa- crimen iudicij publici perſequendum fruſtra procurator interuenit, multoque magis ad defendendum &c.* — Qu. 9. *An in criminibus publicis actor ſeu accuſator poſſit dare procuratorem?*

Cuius ratio hæc à Donello redditur, quod omnis, qui iudicio publico aliquem accuſat, ita ſe in crimen inſcribere debeat, vt ſciat calumniantem ad idem ſupplicium vocari *l. vlt. C. de accuſat.* pœnam autem hanc facile contemnat accuſator, ſi ei liceat crimen perſequi per procuratorem: id enim quia facit abſens, nihil facilius erit abſenti, quam ſe iudicio & pœnæ ſubducere cum iniuria Reipubl. ſi ſuam calumniam animaduerterit, & pœnam legitimam aut metuat, aut iam ſecutam eſſe cognouerit; atque ita eluſorium reddatur iudicium, quod ne fiat maxime pręcauendum eſt *leg. ſi prator. ff. de iudic.*

2. Cui accedit quod ſi per procuratorem accuſare poſſet, multa facile & audacter per procuratorem mentiri poſſet accuſator, quæ præſens ſine rubore dicere non auderet: vt enim litera non erubeſcit, vt eſt apud Ciceronem in *Epiſt. ad fam.* ſic nec abſentiã, ac per domini abſentiã procurator, quicquid dominus mentiatur, ignorat.

3. Quia in criminali cauſa accuſator non ſuum agit negocium, ſed publicam vtili-

vtilitatem exequitur. *arg. l. ita vulneratus ff. ad L. Aquil.* At cum priuatim nihil intereſt, ſed agit vt aliquis de populo, procurator dari non poteſt, *l. 45. §. 1. ff. de procur.*

Et hæc procul dubio procedunt in criminibus publicis capitalibus: At quid de illis dicendum criminibus, quorum pœna eſt non capitalis, veluti relegatio, infamia & pecuniaria pœna; num & in illis accuſator procuratorem dare prohibetur?

Affirmat Duarenus idque ex ea ratione, quod in criminalib. cauſis rei ſint interrogandi vt ex reſponſione ſuſpicionibus vrgeantur, vel in carcerem conijciantur vel committantur cuſtodiæ militum *l. 1. C. de cuſtod. reor. & l. 1. ff. eod.* Idque moribus noſtris ait obſeruari, vt vel prehenſio corporis decernatur, vel vocentur criminoſi vt per ſe reſpondeant, quam citationem perſonalem vocant, vt interrogentur à iudicibus & ore proprio cauſam dicant.

Sed alij, quos allegat & ſequitur Ludolphus Schraderus *part. 10. ſect. 18. num. 82. & ſeqq.* ſtatuunt, certi iuris eſſe, quod etiam in actionibus, ex delicto deſcendentibus, procurator tam ex parte rei, quam ex parte actoris indiſtinctè interuenire poſſit eo caſu, quando propter delictum agitur, non ad pœnam corporis afflictiuam, ſed ad pœnam pecuniariam. Et hoc locum habere aiunt non ſolum quando delictum, propter quod agitur, eſt delictum priuatum; ſed etiam ſecundum communem & receptam Dd. ſententiam, ſi illud crimẽ ſiue delictum, propter quod ad pœnam pecuniariam agitur, ſit crimen publici iudicij: namque nihilominus in tali cauſa, tam ex parte actoris, quam ex parte rei procuratorem interuenire poſſe.

His autem rationibus ſuam defendere conantur ſententiam; primo, aiunt, in *l. 1. circa finem verſ. idemque erit. ff an per al. cauſ. appellat.* ſcribit expreſſe Vlpianus; ſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna *vsque ad relegationem*, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere ſciendum eſt, plane ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt & per procuratorem hoc agi; idque erit probãdum & in ipſo accuſatore ſi appellauerit, vel ſi aduerſus eum ſit appellatum. Et generaliter quæ cauſa per alium agi non poteſt, eius nec appellationem per alium agi oportet.

2. Idem & hac ratione confirmant, quod in hiſce criminibus, quorum pœna non eſt capitalis, inſcriptio in crimen neceſſaria non ſit, idque probari putant *leg. vlt. Digeſt. de priuat. delict.* illic Vlpianus: *Si quis actionem, quæ ex maleficijs oritur, velit exequi, ſiquidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen ſubſcribere:* Adeoque ratio, ob quam procurator criminibus publicis capitalibus non admittitur, in hiſce publicis criminibus deficiat. Et ita quoque ſentiunt ac ſtatuunt Harpr. *in prin. l. per quos agere. numer. 40.* Obrechtus *diſp. de procurat. cap. 4. propoſit. 93. & 95.* Mattheus Weſenbecius *in paratitl. de procur.*

Cæterum ego, ſaluo aliorum iudicio, ſic de iure noſtro in præſenti quæſtione ſtatuendum cenſeo; in criminibus publicis non capitalibus tum, quando de intereſſe vel damno publico agitur & accuſator ius populi tuetur ac perſequitur, procuratorem interuenire non poſſe: vt enim ponatur, in veritatis tamen præiudicium minimè concedatur, quod ſubſcriptio in crimen non intercedat in accuſatione criminum publicorum non capitalium; quia tamen ratio ſecunda & tertia, ob quas diximus, procuratorem ex parte accuſatoris, in publicis capitalibus criminibus interuenire non poſſe; & in illorum criminum capitalium accuſatione obtinent, idcirco in iſtis quoque prohibitio locum habebit.

Quod ſi vero quis de priuato agit inter-

Digitized by Google

intereſſe, damnumque priuatim ſibi illatum proſequitur, hîc putarim procuratorem admitti, eo quod hactenus non tam publico iudicio, quam actione priuata ſuam priuatam cauſam damnumque, priuatim ſibi illatum vindicet *arg. L.42.prin.Digeſt.de procurat.& leg.45. ff.eod. tit.*

Nec ad rem facit *dict. leg. 1. An per alium cauſa appellat*, non malè enim Duarenus reſpondere videtur, per *cauſam pecuniariam* ibi non intelligi cauſam criminalem; tum quia alibi cauſa criminalis opponitur pecuniariæ: & pecunia, in quam condemnatur reus, ad rem familiarem accuſatoris non peruenit, ſed ad fiſcum pertinet.

Quod porrò in capitalibus criminibus publicis pro defenſione reorum procurator, ſeu defenſor interuenire non poſſit, probatur primo *leg. 13. ff. de public. iud.* Vbi ita Papinianus: *Ad crimen iudicij publici perſequendum fruſtra procurator interuenit, multoque magis ad defendendum.*

Qu. 10. *An ex parte rei, in criminalibus iudicijs capitalibus defenſor interuenire poßit?*

2. Quia ſi concederetur capitalis criminis reo ſe per procuratorem defendere, tum, ſi facinus ſuum detegi animaduerterit abſens, facilè ſe pœnæ ſubducet, vnde non ſolum damnum & præiudicium exiſtet Reipublicæ, cuius intereſt delicta puniri *leg. vulneratus Digeſt. ad L. Aquil.* ſed iudicium quoque reddetur eluſorium.

3. Accedit huic & iſta ratio, quod valeat plurimum ad veritatem eruendam, reum præſentem de ſe interrogari & interrogatum reſpondere: multa ſiquidem ſunt in eius vultu & ſermone, è quibus aut detegitur conſcientia admiſſi, aut innocentia confirmatur.

Obiicitur huic ſententiæ *L. 33. §. publice. 2. Digeſt. de procurat.* Vbi ita Vlpianus ſcribit: *Publice vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi. Nam & in capitalibus iudicijs defenſio datur: vbicunque igitur abſens damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem & innocentiam excuſantem audiri æquum eſt, & ordinarium admittere, quod ex reſcripto Imperatoris noſtri apparet.*

2. Huic aſtipulatur Alexander Imperator in *l. Reor. 3. Cod. de accuſat. Reos*, inquiens, *capitalium criminum abſentes, etiam procuratorem defendi, leges publicorum iudiciorum permittunt.* Vnde colligendum, etiam in capitalibus publicis criminibus pro reo defenſorem interuenire poſſe.

Iacobus Cuiacius reſpondet diſtinguendum eſſe inter crimina capitalia & non capitalia, quaſi in capitalibus verus admittatur procurator: At in criminibus non capitalibus, nec procurator, nec defenſor admittatur, & de capitalibus loqui *d.l.33.§.2.de procur. Et d.l.3.Cod. de accuſat.*

Sed non placet hæc reſponſio: tum quod rationes prædictæ, ob quas pro reo in criminibus publicis defenſorem non admitti dictum eſt, æquè & multò magis in capitalibus locum habeant: tum quod *l.pen. Digeſt. de public. iudic.* generaliter in criminibus iudicij publici defenſorem pro reo admitti negat: vbi verò lex non diſtinguit, ibi nec noſtrum erit diſtinguere.

Nec Cuiacij ſolutionem confirmat quod in *d. l. 33. §. 2. & d. l. 3.Cod.de accuſat.* expreſſe atquè nominatim ſermo ſit de capitalib.criminibus: Reſpon. nam in *d. §. 2.* vtitur Iuriſconſultus particula ET nec abſolutè dicit in capitalibus iudiciis abſentium defenſionem dari; ſed ait & in capitalibus iudiciis rei defenſorem admitti: quibus verbis haut obſcurè ſignificat, non ſolum in capitalibus criminibus, verum in alijs quoque defenſorem pro reo interuenire poſſe: At *dict. lex 3. Cod. de accuſat.* eſt ad quæſtionem & facti ſpeciem, imperatori propoſitam, reſcripta: & ideo quia Alexander imperator

ſator de capitali crimine conſultus fuit, de eo etiam reſpondere voluit, idem alias procul dubio reſponſurus ſi in genere de criminibus publicis, vel in ſpecie de non capitalibus quæſitus & conſultus fuiſſet.

Alij diſtinguunt inter delicta ex quibus abſentes condemnari poſſunt, & ex quibus non poſſunt condemnari; vt in illis, ex quibus abſentes poſſunt condēnari, defenſor pro reo admittatur: ex iſtis vero, ex quibus non poſſunt abſentes condemnari pro abſentibus procurator non admittatur.

Sed & hi male, quia leges adductæ generales ſunt, & rationes, quib. prohibet defenſor, ſeu procurator pro reo interuenire æquè obtinent in illis delictis ex quibus abſentes condemnari poſſunt.

Rectius proinde ad textus adductos reſpondetur, abſentem defendi capitalibus in iudicijs non quoad cauſam principalem eiusque merita, atque ad hoc, vt ſi excuſationes iuſtam rationem habeant, abſoluatur abſens, ſed ſolum quoad allegandum abſentiæ cauſas & excuſationes innocentiæ, ne abſens damnetur, ſed ſententia differatur, ſi excuſationem vt iuſtam iudex approbarit.

Atque de tali defenſione accipiendas *l.3. Cod. de accuſat.* & *l.33. §.2. de procurat.* ſatis ſuperque ex *l. 10. & 13. Digeſt. de public. iudic.* relucet. Nam ſic in *l. 10.* Papinian. *Inter accuſatorem & reum cognitione ſuſcepta, excuſatio pro abſente iuſtis rationibus admittitur, nec per triduum per ſingulos dies ter citatus reus damnetur, vel de accuſatoris abſentis, præſente reo, calumnia pronuncietur*: Ecce hîc pro reo abſente ad reddendum abſentiæ cauſam, ne tanquam contumax condemnetur, admittitur defenſor. At in *l. ſeq. 13.* expreſſe negatur, quod pro defendendo reo præſente poſſit procurator interuenire. Quapropter iuxta hanc diſtinctionem prædictæ legis accipi debeat.

Nec obſtat quod in *dict. leg.3. & dict. leg. 33. §. 1.* diſerte proponatur, procuratorem admitti ad defendendum reum: nam quamuis alias verbum defendendi in iure plenam defenſionem, ad ipſa cauſæ merita ſpectantem, denotet; hoc tamen loco à propria eius ſignificatione recedere voluiſſe legumlatorem, tum rationes ſupra adductæ, tum etiam *dict. leg. 10. & dict. leg. pen. de publ. iudic.* ſatis oſtendunt: & cum abſentis excuſatur abſentia, recte dicitur abſens defendi, ne ſcilicet vt nocens condemnetur. Et ſanè rei abſentia tum rectè dicitur defendi, cum iuſtæ abſentiæ cauſæ iudicibus allegantur, ante litem conteſtatam quidem, ne bona abſentis annotati poſt annum in fiſcum redigantur *leg. 1. §. vlt. & l. vlt. prin. de requir. vel abſ. damn.* poſt litem verò conteſtatam, ne citatus abſens pro contumaci habeatur *leg. decim. & pen. Digeſt. de public. iudic.*

Obiicitur 3. huic ſententiæ noſtræ *l. 11. Digeſt. de public. iudic.* in qua ſeruus per procuratorem defendi poſſe dicitur: verba textus hæc ſunt: *Seruus etiam per procuratorem domini æquè ac per dominum defendi poteſt. Quod ſi itaque ſeruus publico in iudicio defendi per procuratorem poteſt; multo magis per procuratorem defendi poterit liber homo.*

Reſp. Veruntamen in ſeruo ſpeciale eſt, quod per procuratorem defendi poteſt; tum quia ipſe in iudicio comparere non poteſt, neque in primo neq; in ſecundo *l.15. ff. de appellat.* tum quia dominus agens per procuratorem pro ſeruo, ſuam cauſam agere videtur.

Idem quoque ad *l. 18. Lucius ff. de appellat.* reſpondendum eſt. Obiicitur quarto *L. vlt. Cod. de iniur.* vbi illuſtribus perſonis, licet cauſam iniuriæ & ſuſcipere, tanquam reis, & monere, tanquam actoribus, per procuratorem idque criminaliter.

Reſpon-

Reſpondet Giphanius, hoc eſſe ex nouo & ſingulari iure in perſonis illluſtribus, nullus enim alius idem ſibi audet vindicare, ait ibi Imperator; ſed in cæteris mos iudiciorum, qui hactenus minuit, ſeruetur.

Quæ. 11. *An in iudicijs publicis criminũ nõ capitaliũ pro reo admittatur defenſor?*

Plerique ferè in ea ſunt ſententia, pro reo procuratorem in iis criminibus publicis, quæ capitalia non ſunt, admittendum eſſe, mouentur in hanc ſententiam *l. L. 1. Digeſt. quando appell. Quæri ſolet, an per alium cauſæ appellationis reddi poſſunt. Quæ res in rebus pecuniarijs, & in criminibus agitari conſueuit. Et in rebus pecuniarijs ſunt reſcripta, poſſe agi: verba reſcripti ita ſe habent: Diui fratres Longino: Si tibi, qui appellauit, mandauit, vt eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderet, & res pecuniaria eſt: nihil prohibet nomine eius reſpondere: ſin autem non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet: ſed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere ſciendum eſt. Plane ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, & per procuratorem hoc agi.*

Hîc non ſolum dicitur, quod ſi cauſa ſit ex qua ſequi ſoleat pœna vsque ad relegationem, procuratorem admitti, vnde colligendum ſi pœna ſit vel relegatio, vel minor ac mitior relegatione procuratorem admitti, ſed etiam expreſſe ſubiungitur, quod ſi pecuniaria ſit cauſa, ex qua ignominia ſequatur, per procuratorem iudicium agi poſſe.

2. Præterea & hac adducuntur ratione, quod ratio, quæ in alijs criminib. procuratorem admitti prohibet, deficiat in non capitalibus criminibus: etenim ſi pœna corporalis & capitalis eſt, abſentia & ſubductione vitari poteſt: ſic autem facile ſe poteſt ſubducere, qui abſens egerit per procuratorem: At ſi pœna non corporis afflictiua, ſed aut pecuniaria, aut relegationis eſt, etiam abſens & fugiens eâ affici poteſt.

Sed ego illis aſſentiendum & ſubſcribendum puto, qui ſtatuunt, nec in hiſce iudiciis publicis, quorũ pœna relegatio, vel relegatione mitior eſt, pro reo defenſorẽ admittendum eſſe: tametſi n. executio in abſentẽ quoq; & fugientem fieri poſſit: quia tamen præſentia ipſius rei plurimum ad veritatem exprimendam facit. Quandoquidem cum ex vultu, tum ex ſermone de rei innocentia conſtare poteſt; ideoque vel eruendæ veritatis cauſa, exiſtimo præſentiam rei in criminibus etiam non capitalibus deſiderari.

Accedit huic, quod in *leg. pen. Digeſt. de public. indic.* generaliter Papinianus ſcribit: *Ad crimen iudicij publici perſequendum fruſtra procuratorem interuenire, multoque magis ad defendendum*: At vbi lex non diſtinguit, nec noſtrum eſt diſtinguere.

Nec obſtat primo *leg. 1. Digeſt. An per alium cauſ. appellat.* Nam per cauſam pecuniariam, ibi non intelligitur cauſa criminalis, ſed cauſa ciuilis, ex qua pecunia applicetur non fiſco, ſed parti agenti: deinde non accipio textum iſtum de iudicio & crimine publico, ſed de actione & crimine priuato *arg. dict. leg. pen. Digeſt. de public. iudic.* Verba autem hæc *vſque ad relegationem* non excluſiue, ſed potius incluſiue intelligenda ſunt.

Sic etiam non aduerſatur, quod ratio, ob quam in capitalibus delictis procurator pro reo non admittitur, in illis, quorum pœna eſt relegatio, vel relegatione mitior, deficiat.

Reſpon. nam quotiens vnius plures ſunt rationes æquè principales, toties, vna deficiente, ius conſtitutum non deficit, modò altera ratio adhuc vigeat: Atqui plures ſunt rationes, ob quas non poteſt interuenire pro reo in publicis criminibus

nibus defenſor, proinde licet illa deficiat in propoſito, quod executio nó impediatur rei abſentia & fuga, neq; per hanc iudicium reddatur eluſorium: quia tamen ea, quam modo indicaui, quod ſcilic. præſentia rei faciat ad veritatem eruẽdam, etiam in non capitalibus criminibus peræque obtineret, idcirco etiã dicendam ipſum reum adeſſe, nec per procuratorem litigare ſeque defendere poſſe.

Qu.12. *An in cauſis & criminib. infamiæ pœnam irrogantibus procurator ſeu defenſor admittatur?*

In criminibus præterea infamiæ pœnã irrogantib. anne procurator admittetur?

Negatiuam quod ſcilicet procurator non admittatur in huiuſmodi cauſis infamiam irrogantibus, Menoch. *arbitr. iudic. quæſt. 80. numer. 77.* ſtatuere non dubitat: tum quod in capitalibus criminibus procurator non admittatur *l. 1. An per alium cauſa appellationis reddi l. pen. Digeſt. de publ. iudic.* At cauſa infamiæ capitalis iudicetur, cum vita & fama pari paſſu ambulent *l. 9. ff. de manum. vindict.* Igitur ſicut in capitalibus defenſor pro reo interuenire non poteſt, ita nec in cauſis famoſis.

2. Tum etiam quia abſens reus facile iudicio ſeſe ſubducere poſſet, pœnam euitare & iudicium eluſorium reddere: cum per procuratorem damnatus infamis non redderetur *l. 1. ff. de his qui not. infam.*

Alii contra affirmatiuam, quod nempe in huiuſmodi cauſis ex quibus infamia ſola & principaliter irrogatur, procurator interuenire queat, tuentur multi: his fundamentis adducti.

1. In *l. 1. An per alium cauſ. appellat.* expreſſe ſcribit Vlpianus: *Si pecuniaria cauſa ſit, ex qua ignominia ſequatur poſſe & per procuratorem agi.*

2. In accuſatione ſuſpecti tutoris, quæ ob dolum admiſſum famoſa *ex §. ſuſpectus autem remotus t. de ſuſpect. tut.* Iurisconſultus procuratorem non facile admittendum cenſet *l. non ſolum 39. §. fin. ff. de procurator.* Admittendum tamen tum procuratorem exiſtimat, ſi conſtet ipſi à tutore nominatim mandatum: verba Iurisconſulti hæc ſunt: *Item ait, ſi ſuſpectus tutor poſtuletur defenſorem eius oportere etiam de rato cauere, ne reuerſus ille velit retractare, quod actum eſt. Sed non facile procuratorem quis ſuſpectus accuſabitur* (ſicut Haloander legit *excuſabitur*) *quoniam famoſa cauſa eſt, niſi conſtet à tutore mandatum nominatim, aut ſi etiam abſente tutore, quaſi non defenderetur prætor erat cogniturus.*

Quapropter defenſor rei in cauſis famoſis admittitur. Ego, quanquam Menochii ſententiæ ſubſcribendum cenſeam, eius tamen argumenta parum firma ac valida eſſe iudico.

Quod enim ad primum, committitur in eo elenchus comparationis: quod enim pœna capitalis vltimumque ſupplicium cum pœna infamiæ non procedat pari paſſu, id vel ſola *l. 28. Digeſt. de pœnis.* oſtendit. Nam ibi in ſupremo pœnarum gradu vltimum conſtituitur ſupplicium: in infimo vero pœna infamiæ. Deinde vita & fama *in d. l. 9. Digeſt. de manum. vindict.* non dicuntur pari ambulare paſſu, ſed ibi ſolum hoc oſtenditur, quod viro honeſto & cordato non minus chara ſit fama, quam ipſa vita. Quis itaque hinc inferret, igitur crimen famoſum eſſe capitale atque eodem cenſu cum capitali haberi.

Sic & ſecundum Menochii argumentum infirmum, atque ad id cuius gratia adducitur, minus idoneum eſt: quia cum ex aliquo delicto ſola infamia pœnæ loco infligenda venit, tunc etiam per procuratorem agens infamia notatur. Nam quod in edicto prætoris & hinc inde ſignificatur, eum qui per procuratorem agit, ſi damnatus fuerit non notari infamia, id non de ea infamia intelligendum eſt, quæ ſola & principaliter alicui infligenda venit, ſed de ea, quæ ex cauſa pecuniaria ſequitur, ſeu quæ in conſequentiam pœnæ pecuniariæ infligitur.

Proinde ſententiam Menochii iudico quidem eſſe veriſſimam, ſed argumentis ab eo adductis, non ſatis eam probari exiſtimo: confirmari autem puto iiſdem plane rationibus, quibus proxima quæſt. euincimus, in cauſis pecuniariis procuratorem pro reo dari non poſſe: quod nempe, etſi præſentia rei ad hoc non ſit neceſſaria in iudicio, vt ſententia executionem conſequatur: ad hoc tamen deſiderabitur vt veritas erui facilius & extorqueri valeat, tum ex vultu, tum ex ſermone.

Deinde quia *d. l. penult.* generalis eſt, nec talem innuit cauſarum criminalium diſtinctionem: procul dubio autem Iuriſconſultus non ita generaliter locuturus fuiſſet, ſi hoc modo inter cauſas capitales & non capitales diſtinguendum fuiſſet.

Solutio contrariorum.

Non refragatur huic ſententiæ primo *leg. prim. Digeſt. An per alium cauſ. appel.* loquitur enim illa non de pœna infamiæ ob delictum ſola ac principaliter infligenda, ſed de pecuniaria cauſa, ex qua ignominia ſequatur; adeoque de pœna infamiæ quæ in conſequentiam pœnæ pecuniariæ, ſeu etiam pecuniæ ex contractu veluti tutelæ mandati depoſiti &c. debitæ, irrogetur. Præterea de cauſa iudicii publici, ex qua infamia irrogetur præſentem *l. 1.* non loqui ſupra reſponſum & oſtenſum eſt.

Ad ſecundum reſpondetur, crimen ſuſpecti tutoris non eſſe publicum §. 3. *in verbis quaſi publicum I. de ſuſpect. tutor.* At nobis hic ſermo eſt de publicis criminibus & iudiciis. Deinde nec in *d. L. 39. §. fin.* ſimpliciter admittitur procurator pro reo, ſed ita ſi ſpeciale de hoc à reo habuerit mandatum, vel etiam, abſente tutore quaſi non defenderetur, prætor ipſum cogat defendere. cum alias aliis in cauſis procurator pro defendendo reo ſine mandatu admittatur, modo de rato caueat. *l. 12. C. de procur.*

Reſtat vt de iis nunc diſſeramus cauſis, quarum pœna arbitraria eſt & pro conditione circumſtantiarum, iudicis arbitrio mitigari & exaſperari poteſt, etſi enim non deſint, qui vniuerſas pœnas arbitrarias eſſe, atque ex arbitrio iudicis pendere exiſtiment, moti *l. 13. Digeſt. de pœnis.* Qu. 13. *An in cauſis arbitrariis admittatur procurator?*

Contrarium tamen longe eſt verius, & confirmatur omnibus illis pœnis, quæ certam habent à legibus definitam quantitatem & modum, §. *21. cum ſeqq. tit. de actionib.* Nec ad rem quicquam facit *d. l. 13.* ſi rectius & penitius conſideretur; vt enim ex verbis eius initialibus colligitur, loquitur de criminibus ſaltem extraordinariis, illorum pœnas arbitrarias, nec à legibus determinatas, ſed iudicis arbitrio determinandas eſſe vltro largior.

Cæterum & de hiſce cauſis criminalibus, arbitrariam pœnam habentibus, quæritur, vtrum pro eo defendendo admitti poſſit procurator?

Negat Accurſius, cuius ſententiam & ego veriſſimam eſſe iudico: etenim in cauſis criminalibus capitalibus & non capitalibus, pœnam tamen corporis afflictiuam habentibus, procuratorem pro reo defendendo interuenire non poſſe, ſupra prolixe oſtenſum fuit: tum quod reus fuga ſua facile pœnam euitare & iudicium ſententiamque in ipſum dictam eludere poſſet: tum etiã quia ad veritatẽ eruẽdam rei requiritur præſentia: atqui pœnæ arbitrariæ exaſperari poſſunt & extendi à iudice pro ratione & conditione circumſtantiarum delicti, etiam ad mortem vſque vltimumque ſupplicium. Proinde, ſicut in criminibus capitalibus, vel pœnam corporis afflictiuam habentibus,

pro-

Digitized by Google

procurator pro defendendo reo non admittitur, ita quoque in cauſis hiſce pœnam arbitrariam habentibus.

Aſſumptio huius argumenti probatur per *l. 9. Digeſt. de extraordinarys crimin.* In qua Vlpianus ita ſcribit: *Plerique inimicorum ſolent prædiū vnimici* σκόπελιζιν. i.e. *lapides ponere iudicio futuros, quod ſi quis eum agrum coluiſſet, malo letho periturus eſſet inſidiis eorum, qui ſcopulos poſuiſſent, quæ res tantum timorem habet, vt nemo ad eum agrum accedere audeat, crudelitatem timens eorum, qui ſcopeliſmon fecerunt: hanc rem grauiter præſides exequi ſolent, vſque ad pœnam capitis, quia & ipſa res mortem comminatur.*

Quam legem, etſi quidam ſic eludere conentur, vt dicant per pœnam capitis, non vltimum ſupplicium, ſed pœnam capitis ciuilis ſignificari, propterea quod in dubio mitior ſemper intelligenda ſit pœna: ex ipſo tamen textu & ratione ſubiecta, quæ de morte loquitur, ſatis hoc ipſum refellitur. Vide quæ hac de re ſcripſi in tractatu de Iuriſdict. politica *p.1.capit.3. queſt.7.*

Cum itaque arbitrariarum pœnarum cauſa capitalis, aut certe corporis afflictiua eſſe poſſit, dicendum eſt non admitti in ea procuratorem, neque pro actore, neque pro reo.

Nec obſtat huic quod diſſentientes obiiciunt, inuertendo argumentum noſtrum, quod ſcilicet pœna arbitraria ad mortem vſque nunquam extendi & exaſperari poſſit, propter *l. 1. Digeſt. de furib. balnear. l. 1. §. fin. de effractor. l. vnic. Codic. ne ſine iuſſu l. 3. §. pœna ff. de crimine ſtellionat. l. 1. §. 4. Digeſt. ad SC. Turpill. l. 15. ad municipal.* quibus prohiberi exiſtimant pœnam arbitrariam ad mortem extendi & exaſperari.

Dupliciter enim reſpondendum puto, 1. per adductas leges minime ſtabiliri opinionem illorum, qui pœnas arbitrarias ad mortem extendi inficiantur, prout oſtendi *d. queſt. 7.* Deinde, etſi ad mortem vſque atque vltimum ſupplicium forſitan extendi non poſſet arbitraria pœna; tamen ad pœnam corporis afflictiuam exaſperari eam poſſe, nemo eſt, qui negare audeat. At ne quidem in his cauſis criminalibus, pœnam corporis afflictiuam habentibus, admittitur procurator propter rationes ſupra aſſignatas: concludendum proinde videtur, nec in arbitrariis procuratorem admitti.

Resolutio Thesis Secundæ.

Dictum eſt quibus in cauſis procurator [d]ari vel non dari poſſit: dicendum nunc eſt, quinam procuratorem dare poſſint ve[l n]on poſſint? De his vero hæc tenenda eſt regula, quod omnes procuratorem dare poſſint, qui neque natura, neque iure prohibentur. *Lit. A.*

Ita enim Paulus *in l. Mutus 43. §. 1. Digeſt. de procurat. Cum* inquit, *quæritur an alicui procuratorem habere liceat, inſpiciendum eſt, annon procuratorem dare prohibeatur, quia hoc edictum prohibitorium eſt.* Prohibentur igitur omnes qui conſentire nequeunt.

Etenim procuratoris conſtitutio fit voluntate mutua & conſtituentis & conſtituti, mutuoque conſenſu ac per mandatum *l. ſi procurator. 8. Digeſt. mandati l. licet. 24. Digeſt. de procurat.*

Quocirca cum furioſus, mente captus & infans natura conſentire nequeant *leg. quint. Digeſt de R. Iur.* nullusque ſit illorum animi ſenſus & intellectus; idcirco etiam procuratorem conſtituere non poſſunt. Furioſo, quoad propoſitum, comparatur prodigus

Digitized by Google

l.1.ff. de curator. dat. ab his. proinde nec is procuratorem conſtituere valet.

Mutus equidem & ſurdus quin procuratorem legitime conſtituere valeant, dubitari non poteſt: ſiquidem de his aperte Paulus ſcribit *in l.43.pr.Digeſt.de procur. Mutus*, inquiens, *& ſurdus per eum modum, qui procedere poteſt, procuratorem dare non prohibetur.* Et ratio quoque huius expedita eſt: contractus ſiquidem mandati, per quem procurator conſtituitur, ſolo nudoque perficitur conſenſu, nec ad ſui perfectionem vlterius quicquam deſiderat *tot. tit. I. de obligat. quæ conſens. perfic.* Mutum autem & ſurdum conſentire poſſe indubitatum eſt *l.4.§.2. Digeſt. de pact.* Et licet mutus loqui nequeat; animi tamen ſui ſenſum ac ſentẽtiam vel nutu, vel ſcriptura exprimere ac declarare poteſt. Ad ea vero quæ ſolo abſoluuntur conſenſu, nihil refert quomodo conſenſus exprimatur. *l.3.ff. de pact.*

Lit. B. Qu. 14. *An excõmunicatus poſſit dare procuratorem?*

Iure procuratorem dare prohibetur *excommunicatus.* Quanquam enim textibus expreſſis, quibus excommunicatus per procuratorem agere prohibetur, deſtituamur: cum *in cap. fin.* quod ab Autore allegatur, hoc ſolummodo diſponatur, quod is cuius maiores excommunicati ſunt, procurator eſſe queat. Et *cap. 12. de except.* ipſum excommunicatum duntaxat, & non ipſius procuratorem à limine iudicii remoueat. Ratio tamen euidens eſt cur excommunicatus non poſſit procuratorem dare.

Cum enim excommunicatio aliquem à cœtu & communione fidelium prorſus ſeparet *capit. 24. §. Aliquando enim capit. 11. quæſt. 3. capit. 16. & capit. 19. capit. 32. & 33. ead. cauſ. 11. quæſt. 3.* conſequens eſt, excommunicatum cum fidelibus ac Chriſtianis nullum penitus contractum inire, nec vllum commercium habere ac conſequenter nec procuratorem conſtituere, quod per mandati contractum fieri dictum, poſſe.

Quod tamen ipſum, ſicut & Autoris noſtri aſſertio, de excommunicatione ſolum maiori accipi debet: duplex ſiquidem eſt excommunicatio, maior & minor. Illa excommunicatum ab omni conuerſatione ac conſortio fidelium arcet ac remouet. Excommunicatio vero minor vſu duntaxat & perceptione ſacramentorum excommunicato interdicit: conuerſationem vero politicam cum Chriſtianis nequaquam prohibet; vnde qui hanc paſſus eſt, non prohibetur contrahere inque iudicio ſtare, cauſamque ſuam agere *c.10. de cleric. excommun.* Obſeruandum tamen eſt, quod etſi excommunicatus agere in iudicio non poſſit, nec per ſe, nec per procuratorem: ab alio tamen creditore ſuo conueniri valeat; ne ſuo ex delicto ſuaque malitia lucrum aliquod ſentiat.

Cæterum ab alio conuentus defendere ſe poteſt, cum defenſio ſit iuris naturalis quod excommunicato nec poteſt, nec debet auferri: defendere autem ſe poteſt non quidem per ſe ipſum, vt qui à fidelium conſortio prorſus ſit remotus, verum per procuratorem. Id quod aperte decretum eſt *in capit. 7. extr. de iudic.* vbi ita pontifex: *Quia poſtulaſti à nobis, vtrum excommunicatus ſtare in iudicio poſſit?* Reſpondemus quod conueniri poteſt, & debet per alium reſpondere in iudicio, ne videatur de ſua malitia commodum reportare.

Idemque confirmat quoque *capit. 8. de except.* vbi is, qui Eccleſiam ſuam defendebat, negatur exceptione excommunicationis repelli poſſe. Quod ſi itaque excommunicatus alium defendere poteſt, cur non ſeipſum defendere poſſet?

De *Bannito* Imperii, ſiue proſcripto quidnam dicendum ſit, videamus? *Lit. C.*

Et

Quæ. 15. *An Bannitus poſſit procuratorem dare?*

Et quod agere non poſſit per procuratorem, ac conſequenter ad iudicium procuratorem conſtituere nequeat, extra omnem dubitationis aleam poſitum eſſe videtur.

Primò enim actio iuris ciuilis eſt. *l. 2. §. deinde ex l. 35. ff. de orig. iuris.* Atqui Bannitus ac deportatus omnia amittit, quæ ſunt iuris ciuilis *l. 5. ff. de publ. iudic.* conſequenter itaq; & actionem, qua in iudicio ſuum ſibique debitum, vel per ſe, vel per procuratorem perſequatur. Ac proinde ſine vllo iuris effectu procuratorem ad litem & iudicium conſtituit.

2. Accedit, quod omnes obligationes, iuramenta, pacta & actiones ex parte bannitorum caſſa, irrita & nulla ſint. Sic enim Bonifacius Octavus, Pontifex Romanus in *capit. Felicis. de pœn. in ſext.* ſcribit: *Nullus, inquit, ei debita reddere, nullus reſpondere in iudicio teneatur, quicquid etiam in bonis invenitur ipſius, fiſci vel Reipublicæ domino applicetur, vt ex illis nihil tranſmittat ad poſteros.*

Quod etiam ordinatione Cameræ *part. 2. tit. 9. §. 2.* aperte eſt cautum: ita enim illic legitur: *Daß alle Beſchreibung, Pflicht vnd Bündtnuß jhnen Zuſtehend, vnnd darauff ſie Sprüch vnd forderung haben möchten gegen die jenigen, die jhnen verhafft vvaren, todt vnd ab ſeyn ſollen.* Quocirca huic conſequens eſt bannitum nullam poſſe cuiquam de vllo debito mouere litem, & conſequenter nec procuratorem ad litem conſtituere.

Nec in contrarium mouet quicquam *l. 22. §. 5. ff. mandati.* Ex qua elicere conantur deportatum habere actionem mandati, qua in iudicio experiri poſſit: legis verba hæc ſunt: *Is cuius bona publicata ſunt mandare poteſt, vt ea emat, & ſi emerit, vtilis erit mandati actio, ſi non præſtet fidem, quod ideo receptum eſt, quia publicatis bonis, quicquid poſtea acquiritur, non ſequitur fiſcum.*

Reſp. Hoc, inquam nihil obſtat: nam adducta *l. 22. §. 5.* loquitur non de deportato, ſed de eius cuius bona publicata ſunt, ſaluo ſtatu perſonæ. Idque haut obſcure probat *l. 2. Cod. de bonis preſcript.* in qua dicitur, *deportatos, nec earum rerum, quas poſt pœnam irrogatam habuerunt, heredem habere poſſe, ſed & has publicari*: iam vero illi, de quibus *dict. l. 22. §. 5.* loquitur, bona, quæ acquiſiuerint ſibi retinent, vide plura *libr. 4. reſolut. iur. ciuil. parte prim. quæſt. 3.*

Similiter non aduerſatur quod bannitus ea, quæ iuris ſunt gentium retineat, eaque duntaxat amittat, quæ iuris ciuilis ſunt *l. 5. ff. de public. iudic.* contractus autem mandati ſit iurisgentium, per quem contractum procurator conſtituitur *l. 7. ff. de pact. tot. tit. Inſt. de obligat. quæ conſenſu.*

Reſpond. Nam etſi concedatur contractum mandati eſſe iuriſgentium, eumque à bannito iniri & contrahi poſſe: non tamen in hunc contractum ea, quæ iuris ſunt ciuilis, qualem eſſe actionem diximus deducere, eaque alii exercenda demandare poteſt: non ſanè debiti, quo quis bannito obſtrictus eſt, perſecutionē, quoniam hæc ipſi lege imperii expreſſe adimitur, prout id ſupra luculenter fuit demonſtratum.

Ex his itaq; manifeſtum eſt, bannitum poſt pœnam banni ſibi inflictam, ne quidem per procuratorem agere ſuumq; in iudicio perſequi poſſe.

Verum vtrum bannitus litem ante bannum inchoatam per procuratorem perſequi valeat? maiorem dubitationem habet: & quod poſſit, Bartolus opinatur, hoc argumento ductus, quod in *l. ſi reus. 5. de public. iudic.* Etſi reus, priuſquam à crimine ſe purget alium accuſare nequeat, inchoatas tamen ante damnationem delationes & accuſationes implere etiam poſt damnationem poſſit. Vnde inferendum & concludendum Bartolo videtur, quod bannitus actionem ante ſententiam banni declarationem inſtitutam perſequi & ad finem perducere queat.

Idem quoque euinci videtur *l. neganda. 19. Codic. de his qui accuſare.* vbi etiam, pendente accuſatione, inſcriptiones deponere poſſunt.

Cæterum quod bannitus nec inchoare iudicium, nec inchoatum proſequi & continuare per procuratorem queat, dicendum cum Gailio videtur: idq; ex hac ratione, quod lex imperii omnes obligationes omnia iuramenta, pacta omnia & vniuerſas actiones ex parte banniti caſſa, irrita & nulla penitus eſſe diſertis verbis pronunciet, vt ſupra oſtenſum fuit. Quocirca actionem prius inſtitutam, vtpote nunc extinctum, bannitus proſequi & continuare non poterit.

Nec huic quicquam aduerſantur, quæ ex Bartolo adducta fuerunt. Quod enim ad legem *5. Digeſt. de public. iudic.* Etſi illa damnato inſtitutam actionem continuare permittat: non tamen de eo damnato accipi poteſt, cui pœna banni irrogata eſt, ſeu qui ad bannum damnatus eſt, obſtante ſcilic. publica imperii lege, quæ omnes bannitorum actiones, vt dictum eſt, caſſas & irritas declarat, ipſumq; bannitum à limine iudicii, vtpote communem imperii hoſtem, remouet.

Obſeruandum deinde eſt, quod *dict. l. 5.* non de priuatis damnatorum concepta ſit actionibus, quibus ius quiſque priuatus ſuum in iudicio perſequitur, ſed de accuſationibus loquatur publicis, quibus publicam vindictam accuſator perſequitur. Hunc igitur bannitum, bono publico, continuare & proſequi poſſe, quo delicta publica non maneant impunita, facilius fortaſſis quis admiſerit.

Idem plane de *l. 19. Cod. de his qui accuſare* reſponderi poteſt; vt taceam quod ea lex de eo loquatur, non qui iam conuictus & condemnatus eſt, ſed cuius accuſatio adhuc pendet.

Quæ. 16. *An banni-tus per procura-torem ſe defendere poſſit?* Cum igitur conſtet bannitum per procuratorem agere non poſſe in iudicio, quæritur porro, vtrum, ſi ab alio conueniatur, ſe per procuratorem defendere poſſit?

Negandum hoc prima fronte videtur, quia actio & exceptio ſunt correlata *arg. princ. Inſt. de except.* proinde quod de eo vno dicitur, idem quoque ſtatuendum & aſſerendum videtur de altero: atqui actio denegatur bannito, ſic vt eam nec per intermediã procuratoris perſonam exercere valeat: quapropter eidẽ quoq; conſimiliter denegabitur exceptio, vt ea nec per procuratorem ſeſe defendere poſſit.

2. Accedit quod exceptio ſit ſpecies quædam actionis *l. in exceptionibus ff. de probat. l. 1. ff. de except. l ſiquidem C. eod. tit.* Atqui actionẽ publica imperii lege bannito adimi, iam oſtenſum fuit ex *ordin. Cameræ p. 2. tit. 9. §. 2.* ſequitur itaq; exceptionem quoque & defenſionẽ eidem denegari: quod enim prædicatur de genere, idem quoq; de ſingulis ſpeciebus, ſub eo genere contentis, prædicari colligitur.

3. Huc inſuper non parum facere videtur, quod Bannitus omnibus licitè impuneq; offendendus propinetur hiſce verbis, *Setzen jhn auß dem Frieden in den Vnfrieden, vnd erlauben ſein Leib, Haab vnnd Gut jedermänniglichen* Gail. *2. de pace public. c. 6.* Quocirca cum eius offenſio omnibus ſit licita, defenſio ipſius erit illicita.

4. Poſtremo conſtitutiones imperii bannitos à iudicio excludunt & nolunt eis iuſtitiam adminiſtrari. At iuſtitia etiam tum adminiſtratur, quando permittitur reo, vt ſe contra actorem exceptione tueatur & defendat, igitur hoc bannito concedendum non eſt.

Veruntamen licet hęc argumenta non videantur exigui eſſe momenti, illis tamẽ non obſtãtibus, veriorem iudico contrariam ſententiam, quod nempe bannitus ſe defendere in iudicio & ad hoc procuratorem conſtituere poſſit.

Non tam ideo, quia defenſio ſit iuris naturalis *l. 3. ff. de iuſtitia & iure*, quod bannito auferri nequeat; quam idcircò quia

bannitus

bannitus ad iudicium citatus, hoc ipſo legitimatur, & ad defendendum habilis & idoneus redditur, vt nulla poſtea in iudicio contra eius perſonam exceptio admittatur, quia non ſponte, vt actor, ſed neceſſariò, vt defenſor venit ad iudicium, cum iudicium reddatur in inuitum. *l. inter. §. ſi ſtichum ff. de verb. oblig.*

Quo perpenſo ac conſiderato, nihil remorantur ſententiam noſtram pro contraria opinione ſupra adducta.

Reſpond. Nam argumentum ex natura correlatorum deductum, procedit, quando eadem, non vero quando diuerſa ratio eſt correlatorum: at quoad propoſitum actionis & exceptionis diuerſiſſimam eſſe rationem, ex modo dictis abunde liquet.

Ad ſecundum reſpondeo, exceptionem non eſſe actionis ſpeciem niſi voce actionis generaliſſime accepta, cum ſit actionis, propriè ita dictæ, excluſio *princip. Inſtit. de except.* Quin etiam nullibi exceptio actio dicitur; ſed is, qui excipit, dicitur videri ſaltem agere, propterea quod ſicut actor ſuam tenetur probare intentionem; ita quoque reus exceptionem ſuam probare debet; ac proinde exceptio cum actione ſecundum quid ſaltem confertur & comparatur, non vero actionis ſpecies conſtituitur.

Ad tertium reſpondeo: etſi bannitus omnibus, quoad bona & perſonam ſuam, offendendus permittatur: hoc tamen hactenus verum non eſt, quatenus à magiſtratu ipſi defenſio conceditur: at hoc fieri quotiens bannitus ad iudicium citatur, ſupra dictum eſt.

Deinde certum eſt, quod citatio ſecuritatem ſaluumq; conductum citato polliceatur ac tribuat, vnde vulgo dicitur, *Die ladung vor Gericht, bringt das Geleidt mit ſich:* proinde bannitus à magiſtratu ad iudicium citatus, contra fidem datam ac ſecuritatem promiſſam, à nemine violari poteſt.

Ad poſtremum reſpondendum eſt: conſtitutiones imperii bannitum non ſimpliciter à iudicio excludere, nec abſolute illi iuſtitiæ adminiſtrationem denegare, ſed ſolum arcere illum à limine iudicii, tanquam actorem, eodemque hoc reſpectu iuſtitiæ adminiſtrationem denegare; idque ex verbis Ordinat. Cameræ iam ſupra recitatis maniſeſtiſſimè liquet. Atque ex *d. cap. Felicis.* plus ſatis pateſcit: *Nullus ei debita reddere, nullus in iudicio reſpondere tenetur.* Et tantum de bannito.

Captus ab hoſtibus procuratorem cõſtituere nequit: ita enim hac de re Vlpianus ſcribit in *l. ab hoſtibus 15. Digeſt. ex quibus cauſis maior.* Ab hoſtibus captis, poſtliminio reuerſis, ſuccurritur, quia nec procuratorem habere poſſunt. Ratio autem ob quam captus ab hoſtibus non poteſt procuratorem iudicialem dare, hæc eſt, quod qui ab hoſtibus captus eſt, quandiu in hoſtium poteſtate eſt, ſervus eſſe intelligatur *§ pen. Inſtit. de iure perſon. §. item ea quæ ex hoſtibus. Inſtit. de rer. diuiſ.* at ſerui ne quidem per procuratorem in iudicio ſtare ac ius ſuum perſequi poſſunt *l. 33. ff. de proc.* maxime cum actio ſit iuris ciuilis, cuius cõmunionem ſervus non habet *l. quod attinet. ff. de reg. iur.* Quod ſi poſtliminio fuerit captivus reuerſus, quoniam omnia ſua priſtina iura recipit, dubium plane nullũ eſt, quin ius ſuum in iudicio vel per ſe, vel per procuratorem perſequi poſſit. Litera D.

Syndicus vniuerſitatis, tutor & curator ante litem conteſtatam procuratorem dare non poſſunt, vt iuris eſt maniſeſtiſſimi. De ſyndico, ſeu ciuitatis actore, textus eſt expreſſus in *l. 74. Digeſt. de procurator.* vbi Vlpianus: *Nec ciuitatis actor negotium publicum per procuratorem agere poteſt.* De tutoribus & curatoribus itidem textus expreſſus extat in *l. 11. Cod. de procurat.* vbi Alexand. *Neque, ait, tutores, neque curatores ex ſua perſona in rem pupilli, vel adoleſcentis procuratorem facere poſſunt.* Litera E.

Ratio

Ratio autem huius nemini poteſt eſſe obſcura. Etenim procuratorem is demum ordinare & conſtituere poteſt, qui dominus eſt *l.1.Digeſt.de procurat.in princip.* At ſyndicus, tutores & curatores, quantumvis hi dominorum loco ſint, quatenus res pupillorum & adultorum adminiſtrant *l. 6.§. qui fundum. & §. qui tutor.ff. pro empt.l.56. §. 4.ff. de furt.* non tamen domini ſunt. Poſt litem autem conteſtatam procuratorem ordinare poſſunt, quoniam tunc litis conteſtatione domini litis effecti ſunt *l.11.C.de procur.l.23.eod.*

Cæterum actorem & ante litis conteſtationem à tutoribus & curatoribus cõſtitui poſſe, expeditum eſt *d.l.11.* ſed tamen tunc demum, cum pupillus vel infans eſt, vel abſens eſt *§.vlt.Inſtit. de curat & tot.tit. C.de actoribus & curat.dand.* Verum hoc facere debent decreto prætoris interueniente *l.24.ff.de admin.tut.*

Litera F. Illis porro qui procuratorem dare prohibentur, autor noſter annumerat filiumfamil. propterea quod dominus quidem ſit, ſed non abſolutè ſui iuris.

Ego vero hanc quæſtionem, vtrum filiusfamil.per procuratorem iudicio experiri poſſit, diſtinctione explicandam opinor.

Quod enim ad Caſtrenſia bona attinet, nullum dubium eſſe poteſt, quin de illis, patre etiam non conſentiente, litigare vel per ſe, ſi legitimæ ſit ætatis, vel per procuratorem poſſit *l 4.ff.de iudic* Nec ratio huius poteſt eſſe obſcura: nam ſi filiusfamilias in caſtrenſibus bonis pro patrefamilias habetur, ſic vt perinde de illis diſponere poſſit, atqui patriſam. de reb. ſuis diſponere conceditur; adeo vt in hiſce bonis patria poteſtas planè non attendatur *arg.d.l.4.ff.de iudic.*

Atque hoc etiam ICtus Vlpianus diſertè teſtatur in *l.8 pr.ff.de procur.* de bonis iſtis aduentitiis, in quibus patri vſusfructus nõ competit, ſed plena proprietas filio conceditur, idem planè dicendum eſt, quoniam & de hiſce bonis permittitur filiofam. libera diſponẽdi poteſtas, *Nov.117. c.1.* ſic vt in his quoque pro patrefamil.habeatur.

De illis vero aduentitiis bonis in quib. vſusfr. nõ filio, ſed patri competit, intelligendus eſt author noſter, dum negat filiumfam.procuratorem conſiſtere poſſe.

Cuius rei ratio hæc eſt, quod ipſe filius regulariter ſuo nomine actionem non habeat *l.9.ff.de obligat. & act.* in qua Paulus ſcribit: *Filiusfamilias ſuo nomine nullam actionem habet.* Cuius rationis ratio rurſus hæc redditur, quod filius patri acquirat bona aduentitia & conſequenter etiam obligationes. Et quamuis proprietas bonorum aduentitiorum ſit filiifamil. ita tamen iure cautum ac conſtitutum eſt, vt actionem de iſtis bonis competentem pater moueat vel exerceat. *l. fin. §. 2. & ſequent. Codic. de bonis quæ lib.* Quapropter cum ipſe filius exercere actionem non poſſit, procuratorem ad litem dare nequit.

Addit tamen author noſter hanc limitationem, qua ipſe poſſet experiri, quæ limitatio & reſtrictio annectitur quoque in *dict. l. 8. Digeſt. de procurator.* Tametſi enim, vt dictum eſt, filiusfamil. ſuo nomine actiones non habeat *d. l.9.* tamen ſunt quædam exceptiones, quæ ab iſthac excipiuntur regula, atque filiofamil. conceduntur quas ſuo nomine exerceat. Id quod in *dict.l.9.Digeſt.de obligat.* Paulus Iuriſconſultus expreſſe teſtatur, dum ita ſcribit: *Filiusfamilias ſuo nomine nullam actionem habet, niſi iniuriarum & quod vi aut clam & depoſiti, & commodati.*

Cum itaq; filiusfamil.hac actiones ſuo nomine exercere poſſit, dubium nullum eſt, quin ad eas exercendas atq; agitandas procuratorem conſtituere queat.

Pupillus, qui infans eſt, procuratorem conſtituere non poteſt, ſiue tutoris autoritatem adhibeat, ſiue non. Etenim infãs furioſo comparatur quoad hoc, quod *Litera G.*

ſicut

ſicut ille conſentire non poteſt, nec animi vllum habet iudicium, ita quoque nec infans ipſe. Quin & in hoc furioſo æquiparatur, quod ſicut ille curatore autore non poteſt conſtituere procuratorem, ita nec infans. *d.l.5.ff.de reg.iur.*

Alia ratio eſt pupilli, qui infantiam exceſſit & minoris adulti: etſi enim hi, quandiu tutorem & curatorem habent, abſque tutorum vel curatorum autoritate aut conſenſu procuratorem conſtituere, neque aut, quoniam contrahere non poſſunt *tot tit. Inſtit.de auctor.tut.l.3.C.de in integrum reſtit. minor.* Atque hoc eſt, quod in *l.11. C.de procurat.* Alexander Imperator reſcribit: *Pupillum vel pupillam, adultum vel adultam tam ad agendum, quam ad defendendum, tutore ſeu curatore interueniente, procuratorem ordinare poſſe.*

Quod ſi tamen curatorem non habuerit adultus, vt habere non cogitur, quin procuratorem conſtituere queat, vix dubitare licet, vt enim alium quemcunque contractum inire poteſt, ita quoque contractum mandati, per quem procuratorem conſtitui diximus.

RESOLVTIO THESIS TERTIÆ.

Litera A. DE ipſo procuratore, vtrum alium procuratorem conſtituere poſſit? cum quæritur, diſtinguendum eſt, an ipſe litem conteſtatus ſit, an vero conteſtatus non ſit, ſic vt ſi litem non ſit conteſtatus, alium procuratorem dare ſibique ſubſtituere non poſſit *l.4 §.fin.ff.de appellat.* quoniam procuratorem nemo facit, niſi dominus *l.1.pr.ff.de procurat.* At procurator non eſt dominus litis, niſi poſt litem conteſtatam *l.22.l.23.Cod.de procutator. d.l.4.§.fin.& l.8.§ 2.ff.mandat.* Quocirca ante litem conteſtatam procuratorem dare nequit, quoniam lis nulla intelligitur, antequam fuerit conteſtata.

Sunt tamen procuratores quidam, qui ab hac regula excipiantur, nempe procurator, qui in rem ſuam datus eſt procurator, & qui à domino ſubſtituendi facultatem expreſſe atque nominatim accepit. Vtraque exceptio proponitur in *cap 1. de procurat.in ſext.* vbi Pontifex Bonifacius ita ſcribit: *Licet a procuratore poſt litem conteſtatam ab eo (cum dominus ſit litis effectus) dari alius procurator poßit:* antea tamen non poteſt, niſi in rem ſuam ſit datus vel à domino ſubſtituendi alium ſibi fuerit conceſſa poteſtas. Prioris exceptionis ratio obſcura non eſt: quod nempe procurator in rem ſuam in effectu propriam litem, & non alienam proſequatur *l.4.l.9 C.de procurator. l.1.§.11.& 12.ff.quando appelland.* adeoque reuera dominus ſit litis, ac conſequenter ratio nulla appareat, quæ ipſum procuratorem conſtituere ac ſubſtituere prohibeat. *l.1.pr.ff.de procurat.*

Non minus perſpicua eſt poſterioris exceptionis ratio, quia cum ipſe dominus procuratori concedit facultatem alium ſubſtituendi, ipſeque hac poteſtate ac facultate vſus, alium ſubſtituit, ipſemet dominus cum procuratorem ſubſtituiſſe videtur: quod enim quis facit per alium, id ipſe feciſſe intelligitur.

His duobus exceptis, relinquitur ſuperior regula vera ac perpetua, quod nempe ante litem conteſtatam procurator alium procuratorem ad litem atque iudicium dare nequeat. Quod ſi lis à procuratore conteſtata ſit, nulla dubitatio eſt, quin procurator alium procuratorem ordinare ac ſubſtituere valeat: id quod claris atque perſpicuis verbis Iulianus Imperator reſcripſit in *l. nulla 23. Cod de procurator.* *Nulla*, inquiens, *dubitatio eſt, poſt cauſam in iudicio agitatam, vt pote dominum litis procuratorem effectum, etiam poſt exceſſum eius, qui agendam vel defendendam litem mandauerat poſſe inchoatam cauſam, iurgiumque finire: quippe cum & procuratorem poſſe eum inſtituere veteris iuris voluerit conditores.*

Kkkk Idemque

Idemque perſpicue confirmat quoque Pontifex in *capit. prim. de procuratorib. in ſexto.*

Litera B. & C.

Quæ. 17 *An procurator in ſecūda inſtantia poſſit ſubſtituere?*

Addit author noſter, procuratorem ad cauſam agendam datum in cauſa appellationis atque in ſecunda inſtantia alium procuratorem ſubſtituere non poſſe, (ſic enim negatiue legendam eſſe theſin, ſatis euincunt ea, quæ ad eius confirmationem ab autore ſunt allegata) niſi ab interlocutoria appellatum ſit.

Rationem prioris, cur nempe ad agendum datus in ſecunda inſtantia ſubſtituere nequeat, hanc adducit, quod ſententia litem finiat vel omninò, vel ſaltem quoad inſtantiam; ac proinde procuratoris, ad litem agendam dati, officium ad ſecundam inſtantiam ſeſe non extendat.

Veruntamen mihi de hac re ſic ſtatuendum eſſe videtur: procuratorem ad agendum datum, ſi contra ipſum lata fuerit ſententia, teneri etiam inuitum prouocare.

Quam ſententiam non vna iuris ratio confirmat. Etenim in *l. inuitus 17. C. de procurat.* dum Impp. reſcribunt: *Procuratorem victum procurationem ſuam vltra prouocationis cauſam extendere non cogi.* ſatis ſignificatur procurationem etiam ad prouocationem extendi oportere.

Confirmat hoc etiam Macer Iuriſconſultus in *l. 2. Digeſt. an per alium cauſa*, dum ait, *ſi procurator abſentis appellauerit, deinde rationes reddiderit, nihilominus ipſum reſpondere debere.* Et Pontifex in *capit. 14. extr. de procurator. potuit*, ait, *procurator & debuit à ſententia in eo quod lata extitit contra ipſum, noſtram audientiam appellare, vel* (ſi iuſta cauſa excuſabat) *eundem ſaltem domino conteſtari, vt ad appellationis beneficium conuolaret.*

Accedit deniq; ratio iuris manifeſtiſſima, quod ſcilicet *agendi* verbo contineatur quoque appellatio: ſiquidem agere eſt rem iudicio perſequi: at hoc per ſequi nihil aliud eſt, quam tandiu ſequi, donec agendo conſequi poſſimus, nec prius deſinere, quam aut conſecuti ſimus quod volumus, aut certum ſit amplius agi non poſſe: atqui procurator victus ſententia iudicis nihilominus adhuc de eadem re iure agere poteſt, appellando ſcilicet: igitur appellare tenetur, eidemque, cui vt agat mandatum eſt, intelligitur quoque mandatum vt appellet.

Quod ſi itaque is, qui ad cauſam agendam datus eſt, non ſolum poteſt, ſed iure etiam tenetur appellare, conſequens eſt, eum quoq; in cauſa appellationis poſſe alium procuratorem ſibi ſubſtituere.

Quin imo procurator poſt ſententiam aduerſus ſe latam, non ſolum prouocare debet, ſed prouocationem quoq; proſequi tenetur. Quod etſi à Bartolo eiuſdemque ſequacibus in dubium reuocetur, mihi tamen veriſſimum videtur; non ſolum ſi iuris noſtri ciuilis diſpoſitionē intueamur, ſed etiamſi rectam ſequamur rationem, nam in *leg. 2. Digeſt. quando per alium cauſa appellat.* ſcribit ICtus: *Si procurator abſentis appellauerit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipſe reſpondere debet*, hoc eſt, ſi procurator victus appellauerit, vt pro officio debet, quamuis rationes reddiderit appellationis ſuæ, nondum tamen functus eſt officio ſuo, ſed nihilominus ipſe reſpondere debet, hoc eſt, cauſam appellationis agere.

Quæ. 18 *An procurator poſſit appellationem proſequi?*

Et quanquam Bartolus cum Accurſio ad hanc legem reſpondeat, eam de procuratore ad omnes lites dato accipiēdam eſſe, vel de procuratore nominatim atque expreſſe ad hoc conſtituto, vt appellet, interpoſitamque appellationem proſequatur: verba tamen ipſius textus aperte reclamant: ſiquidem ICtus Macer ſimpliciter ſcribit: *ſi procurator appellauerit*: at procuratoris verbo ſignificatur non tantum procurator ad vniuerſas res vel lites cōſtitutus, vel datus expreſſe ad ſecundā inſtātiam; ſed etiam ſimpliciter ac generaliter datus ad agendū de re vna aliqua. Cum & ad vnam

Digitized by Google

ad vnam rem datus nihilominus procurator ſit *l.1.ff.de procurat.* Deinde pluſquam ſtultum foret dubitare, an procurator, expreſſe ad omnes lites aut ſpecialiter ad agendũ de vna re datus, appellationis cauſam agere debeat, cum hæc ſit pars adminiſtrationis, procuratori apertè conceſſæ, ab eodemque ſuſceptæ *l. Domitius. ff qui teſt.fac.poſſ.*

2. Accedit deinceps quod Imperatores in *l.inuitus. C. de procurat.* procurationem data vltra rem iudicatam, ad prouocationem vſque extendi velint: atqui verbum *prouocationis* generale eſt, atque tam prouocationem interponendam, quam interpoſitam proſequendam complectitur, proinde ad hanc quoque procuratio extenditur.

3. Inſuper qui ſe acturum promiſit, is vi verbi recepit, ſe tandiu acturum, quandiu de re rectè agi poſſit, vt litem ad extremum perſequatur, donec aut conſequatur agendo quod petit, aut re iudicata certum fiat, actum amplius agi non poſſe: atqui ſententiã latã, adhuc agi poteſt de eadem re auxilio appellationis, donec de eo quoque iudicetur, ergo procurator ex officio appellationem interpoſitam proſequi debet.

4. Præterea qui ad agendũ datus eſt, litem peragere & conſummare debet: atqui cum ſententia prioris inſtantię per appellationem reſcinditur, non poteſt dici per eum lis peracta & conſummata, quia nihil actum intelligitur, quando ſupereſt agendum *l. penult. & vltim. Digeſt.ad Syllan.* & cauſa appellationis quaſi pendens eſt annexa ad principalem, vt de eadem idem iudicandum ſit.

5. Denique huc etiam pertinere videtur *l. ſi procuratorem 8. §. igitur. Digeſt.mandati,* vbi Vlpianus ICtus ſcribit: *Si fideiuſſor nomine debitoris conuentus damnatus ſit, ſiquidem ſciuerit, incumbere ei neceſſitatem prouocandi, niſi tamen paupertas ei non permiſit appellare; tunc n. excuſata eſt eius inopia.* Vnde pateſcit, ICtum lo[illegible]i de appellatione non tantum interponenda, ſed etiam de interpoſita proſequẽda: non enim poteſt paupertas fideiuſſoris impedire quominus appellet, cum appellatio nullũ omnino ſumptum deſideret, ſed fiat vno verbo *appello.* Quod ſi igitur in fideiuſſore hoc recipitur, qui tacitũ duntaxat mandatum habet a reo principali de re defendenda, multò magis recipiendum eſt in procuratore, cui lis & actio exercenda aperte mãdata eſt. Nec audiendus hic eſt Bartolus, qui ait, diuerſam eſſe rationem fideiuſſoris de quo ſuperior *l.8.* loquitur, & procuratoris, de quo nobis hic ſermo eſt; propterea quia procurator ſolũ alieno nomine agit, fideiuſſor autem nomine debitoris conuentus non agit ſolùm illius cauſam, ſed etiam ſuã, quippe qui & ipſe obligetur; idcirco & ipſe, vt in re propria, non ſolum appellare, ſed etiam appellationem proſequi poterit.

Recte enim ad hoc Donellus regerit, non hic quæri, vtrum fideiuſſor poſſit proſequi appellationem, ſed an debeat: deinde ait, non ideo debere fideiuſſorem id facere, quia & de re eius agatur, ſiquidem hac ipſa ratione efficeretur potius quod appellationem proſequi non debeat; quandoquidem quiſq; eſt rei ſuæ moderator & arbiter *l.in re mandata C.mandati.* Sed ideo potius, quia tacitum habet mandatum de re defendenda, prout paulò ante dictum fuit.

Quocirca, cùm ex hactenus dictis liquidò conſtet, procuratorem, ad agendũ datum, appellare, appellationemq́; proſequi poſſe & debere, & illud neceſſario exinde ſtatuendum eſt, quod in ſecunda quoque inſtantia ad proſequendam litem procuratorem poſſit conſtituere: ſiquidem in ſecunda inſtantia non minus eſt dominus litis, quam in prima inſtantia: atqui dominum litis procuratorem ad litem proſequendam cõſtituere poſſe, certi & indubitati eſt iuris *l. 1. princ. ff. de procur.*

 Qui-

Quibus ita perpenſis ac ponderatis, nihil quicquam refragantur ea, quæ contraria autoris ſententia afferri ſolent.

Quod enim ait autor noſter, litem vel omnino finiri ſententia, ſi non prouocetur, aut prouocari nequeat, vel ſaltem quoad inſtantiam, & ideo lite finita, non poſſe procuratorem ad litem & cauſam agendam datum procuratorē ſubſtituere, vt qui ipſe deſinat eſſe procurator, ſuoq́; perfunctus ſit officio.

Reſpond. Fateor equidem, ſi appellatum ſit, vt à procuratore fieri debet, litem finiri, ſed quoad primam duntaxat inſtantiam, non etiam quoad ſecundā cauſamq́; appellationis: quandoquidem, vt dictum eſt, officium procuratoris ad agendū dati, ſeſe ad ſecundam extendit inſtantiam, ita, vt prouocationem teneatur interponere, prout hactenus demonſtratum fuit.

Non obſtat deinceps ſententiæ noſtrę *l. ſi actor 10. C. de appellat.* in qua Imperator reſcribit, procuratorem non ſolùm non cogi appellationem proſequi, ſed nec poſſe, etiamſi velit, cui conſequens videtur, quod in ſecunda inſtantia cauſaq́; appellationis procuratorem alium ſubſtituere non poſſit.

Non, inquam, aduerſatur hęc lex quicquam aſſertioni noſtræ: non enim de *procuratore* concepta eſt, ſed de *actore*: actoris vero alia ratio eſt, quàm procuratoris, eo quod procurator à domino ipſo conſtituitur *l. 1 ff. de procurat.* Actor vero à tutoribus & curatoribus *§. fin. Inſtitut. de curator.* proinde procuratori quando ab ipſo domino conſtituitur intelligitur tantum mandari, quantū continetur re mandata; at contra actor, cùm à non dominis, h. e. tutoribus & curatoribus conſtituitur, intelligitur ita conſtitutus, vt quam minimum de illorum adminiſtratione decedat. Ne, quod illorum curæ vel fidei commiſſum eſt, per alios geſtum corrumpatur. Ex quo actori tantum prima lis committi intelligitur, ſecunda cauſa curatoris iudicio & adminiſtrationi reſeruari, maxime quod non putetur vtilitas pupillorum vel adoleſcentium, vt aliquod mandatum ſubintelligatur & præſumatur, niſi nominatim de eo cautum ſit, quo ſcilicet quam maxime fieri poteſt minorum actio & commodum in fide atq; adminiſtratione tutoris atq; curatoris contineatur. Et ſane in adducta lege 10. nihil præterea dicitur, quam actorem victum appellare poſſe.

Pari modo nihil ad propoſitum facit *l. inuitus Codic. de procurator.* Nam illic per prouocationem dixi intelligendam eſſe prouocationem interpoſitam; ſic, vt vltra eam ſeſe prouocatio nō extendat, ad eam tamen vſq; ſeſe porrigat. Non obſtantibus verbis *vltra* & *extendere*: ſiquidē hæc non excludunt interpoſitæ appellationis perſecutionem, ſed cauſam duntaxat ab iſta diuerſam: ſic vt vera atque genuina iſtius conſtitutionis ſententia hæc ſit: procurationem ſuſceptam ad alia negotia non porrigi, quàm ad prouocationem interponendam atque interpoſitam proſequendam.

Poſtremò non refragatur *cap. non iniuſte 14 extra. de procur.* in cuius fine dicitur *quod procurator inuitus appellationem proſequi non teneatur.*

Reſp. Tametſi enim ita iure canonico conſtitutum ac diſpoſitum ſit, quod procurator appellare ſolum poſſit; appellationem verò interpoſitam proſequi nequeat; adeoq́; ius pontificium à ciuili & Cęſareo, quo ad hunc articulum, diſſentiat: arbitror tamen ius ciuile canonico hîc omnino præferendum eſſe: non ſolum quia hic de re mere ciuili agitur, ſed etiam quia optima ratione, quam ſupra expoſui, ius ciuile nititur, & quanquam me non lateat Andream Gail. *1. obſeru. 130. num. 11.* aſſeuerare communem eſſe opinionem quod procurator appellationem ab interlocutoria proſequi debeat, ſed non à definitiua; quia interlocutoria ex prioribus

actis

bus actis iuſtificanda ſit *Clem. appellant; de appellat.* Definitiua vero nouas probationes admittat, cum ſit diuerſa cauſa à principali *l. per hanc C. de tem. appellat.*

Huic tamen opinioni communi ſolidiſſima iuris legumque fundamenta oppono, aduerſus quæ nihil valere opinionem communiter probatam, ipſe Imperator ſatis abundeque teſtatur *in l. 2. §. 6. Codic de vet. Iur. enucl. & diximus prolixe ſupra.*

Equidem illud conſtat procuratorem, ſi appellare non poſſit, iuſtaque cauſa impediatur, teneri id domino mature denunciare quo ipſe appellare poſſit. Ita enim hac de re ſcribit pontifex in *cap. inſinuaſſe 14. de procurat.* potuit (procurator) & debuit à ſententia in eo, quod lata extitit contra ipſum, noſtram audientiam appellare, vel (ſi iuſta cauſa excuſabat eundem) ſaltem domino conteſtari, vt ad appellationis beneficium conuolaret.

Quod vſque adeo verum eſt, vt ſi nec appellarit procurator, nec id etiam domino mature denũciarit, ad intereſſe teneatur & conueniri poſſit actione mandati. *l. 8. §. 8. ff. mandati.*

Vbi dum hoc de fideiuſſoribus non prouocantibus, nec principali ſuo denũciantibus aſſeritur, multo magis idem de procuratore dicendum videtur, quoniam fideiuſſores non tantum alieno, ſed ſuo etiam nomine cauſam agunt litemque exercent.

Qu. 19. *An procurator teneatur ad intereſſe ſi non certiorarit dominũ quod ſuccubuerit?*

Quid vero ſi Dominus non à procuratore, ſed ab alio reſciuerit quod procurator ſuccubuerit ac deteriorem calculum retulerit; ipſe vero procurator non prouocarit, tenebiturne adhuc eius nomine procurator ad intereſſe? Negandum id videtur Rolando à Valle, propterea quod qui iam de re quapiam certioratus eſt, vlterius certiorari non debeat: ac proinde, cum aliunde domino conſtet procuratorem ſuccubuiſſe, id à procuratore eidem domino denunciari, opus non eſt, maxime cum nihil plane interſit à quo illud reſciſcat dominus, à procuratore non vero ab alio.

Verum quod nihilominus denunciatio ipſius procuratoris neceſſaria ſit, quãtumuis ex alio dominus intellexerit procuratorem ſuccubuiſſe, recte Autor noſter, *Ben. Capram ſecutus*, ſtatuit: quoniam denunciatio iſta non eo ſolum pertinet vt conſtet domino procuratorem ſuccubuiſſe, ſed etiam ipſum procuratorem appellare iuſtam ob cauſam non poſſe, quo ipſe dominus interpellationem interponere queat *l. 9. C. de appellat.* Quid igitur ſi dominus quidem ſciat procuratorem ſuum ſuccubuiſſe, ſed opinetur illũ aut appellaſſe, aut appellaturum à ſententia, prout eius deſiderat officium, atque, hac opinione ductus, non appellet? æquiſſimum certe eſt hoc caſu ad intereſſe teneri procuratorem, vt cui imputari poſſit, quod Dominus à ſententia non appellarit, ſed ſententia in rem iudicatam tranſierit.

Qu. 20. *An procurator ad vnum actum conſtitutus cogatur appellare?*

De procuratore ad vnum duntaxat actum conſtituto veluti ad audiendam ſententiam, conſtat facile inter omnes quod appellare non poſſit: quandoquidem reſtrictum ac limitatum habet mandatum: at fines mandati, vt Paulus ſcribit, diligenter cuſtodiendi ſunt: nam qui eos exceſſit, aliud quid facere intelligitur. *l. 5. pr. ff. mandat.* Et Iuſtinianus *Is*, inquit, *qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati §. 8. I. de mandato.* Et Conſtantinus Imperator *in l. 21. C. de procurator.* Sin autem mandatum ſuſceperit, licet maritus ſit, id ſolum exequi debet procuratio emiſſa præſcripſerit. Hinc recte Dd. inferunt, mandatum omne ſtrictiſſimi eſſe iuris.

Nec huic aſſertioni obloquitur *l. 54. ff. de procurat.* vbi is, qui datus eſt procurator ad rem mobilem petendam hoc eſt, ad vindicandam actione in rem, dicitur

poſſe quoque actione ad exhibendum de eadem re agere.

Reſpond. Etſi enim vna tantum actio, nempe rei vindicatio, procuratori huic demandata fuerit, à qua actione actio ad exhibendum differt, quia tamen actio ad exhibendum eſt rei vindicationis præparatoria eique competit, qui rem acturus eſt *l.1. & 3. §. eſt autem ff. ad exhibit.* Idcirco & hæc actio procuratori mandata eſſe cenſetur. Cum regula vulgaris ſit, quod cui conceditur aut mandatur aliquid, videri ea quoque eſſe conceſſa, ſine quibus illud prius explicari & expediri non poteſt *l.2. ff. de iuriſd. l.41. §.11. ff. de fideicomm. libert.*

Pari ratione non aduerſatur *l. 6. 2. ff. eod. tit. de procurat.* In qua is, qui datus & procurator ad legatum petendum, actione ex teſtamento recte quoque agere poteſt interdicto de tabulis exhib.

Reſpond. Hoc enim idcirco fit, quia ſicut res vindicari non poteſt, niſi exhibeatur, ita quoque de legato petendo cōſtare non poteſt, quam ſi & teſtamenti tabulæ & codicilli exhibeantur, vt ſciatur, quantum cuique ſit relictum. Omnibus enim hoc interdictum datur, qui aliquid in teſtamento adſcriptum habent, ſiue ſint heredes, ſiue legatarii *l.3. §. ſolent. & §. ſeq ff. de tab. exhib.* Cui itaque mandatur actio ex teſtamento de legato petendo; illi quoque in conſequentiam interdictum de tab. exhibendis mandatum cenſetur *arg. d. l. 2. Digeſt. de iuriſdict.* Et hoc eſt quod Autor noſter ſub finem theſeos monet; adductas leges loqui de rebus actui demandato præſuppoſitis, ſeu de cauſis ſine quibus non.

RESOLVTIO THESIS *Quartæ.*

Lit. A. MInorem 25. annis procuratorem ad litem, abſque interuentu curatoris dare non poſſe, proxime dictum fuit, in fine *Theſ. 2.* vbi & ratio huius aſſignata fuit.

Quod ſi tamen de facto procuratorem litis ordinarit, atque pro hoc falſo & illegitimo procuratore pronunciatum fuerit, quæri ſolet, anne in ætatis fauorem id, quod à procuratore huiuſmodi bene eſt geſtum, ratum haberi debeat?

Et veriſſima æquiſſimaque eſt ſententia affirmantium, cuius ratio eſt, quod in ſolius minoris fauorem ſit receptum atque introductum, vt procuratorem dare non poſſit, ne fortaſſis conſtitutione procuratoris lædatur ipſe ac detrimentum aliquod in ſua ſubſtantia patiatur *arg. l. 1. ff. de minor.* proinde ſi procurator quem de facto dedit, cauſam minoris bene geſſerit, merito ratum habebitur quod geſtum eſt, ne quod in fauorem minoris introductum eſt, in odium eius detorqueatur. *l.25. ff. de legib.*

Quod multo magis in pupillis recipiendum erit, quoniam regulariter quod ætatis intuitu ac fauore conceſſum eſt adulto, id multo magis in pupillo recipiendum erit, vt in quo fortior militet ratio. Et ſane pupilli quoque non alia de cauſa contrahere prohibentur inque iudicio ſtare ac ſuo nomine litigare, quam ne fortaſſis, iudicii imbecillitate lapſi, damno afficiantur *tot. tit. l. de auctor. tut.*

Quod ſi itaque ex contractu, quem de facto ineunt aut ex negocio, quod geſſerint, ceſſabit vtique prohibitio, ceſſante ratione & cauſa prohibitionis.

Alia ſane ratio eſt maiorum, pro quorum procuratore falſo atque illegitime conſtituto ſententia lata valida non eſt, id quod diſerte Imperatores ſanciunt *in l. 24. Codic. de procurat.* vbi ita reſcribunt: *Licet in principio quaſtionis perſona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negocium* mandatum à domino litis habeat, ſi tamen Lit. B.

men falſus procurator inueniatur, nec dici controuerſiæ ſolent nec poteſt eſſe iudicium.

Qu. 21. *An quæ vtiliter geſta ſunt à falſo procuratore, rata ſint, domino ratificante?*

Quid vero dicendum, ſi dominus geſta per procuratorem falſum rata habuerit? Anne tunc, quæ vtiliter à procuratore iſto falſo ſunt geſta, in fauorem domini erunt rata?

Diſtinguit Autor noſter, vt, pendente iudicio, dominus poſſit ratificare geſta per falſum procuratorem, ſic, vt ipſi & proſint & noceant. Id quod Vlpianus Iuriſconſultus aperte ſcripſit *in l. 56. Digeſt. de iudic. Licet*, inquiens, *verum procuratorem in iudicium rem deducere veriſſimum eſt, tamen & ſi quis cum procurator non eſſet, litem ſit conteſtatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta*.

Ratio autem huius haut obſcure ſignificatur in adducta. *l. 56.* hæc ſcilicet, quod ratihabitio ſubſequens retrottrahatur ad initium actus atque mandato equiparetur, prout generaliter de ratihabitione conſtitutum eſt *in l. fin. Codic. ad Macedon.*

Poſt ſententiam vero latam, id quod à falſo procuratore geſtum eſt, ratificare poteſt dominus in ſui præiudicium, ſic vt ei ſententia contra falſum procuratorem lata noceat: non vero ratificare poteſt, quod geſtum eſt in fauorem ſui, ita vt ſententia pro falſo procuratore lata ſibi proſit.

Prius illud extra controuerſiam poſitum eſt *in l. 3. §. 1. Digeſt. Rem ratam habere.* dilucide expreſſum eſt: quandoquidem inde, argumento à contrario ſenſu, colligitur & infertur quod ſententiam procuratoris falſi in ſui præiudicium ratificare potuerit dominus.

Quod ad poſterius, controuerſum equidem eſt, anne poſt ſententiam latam, quod à falſo procuratore geſtum eſt, in ſui fauorem & commodum ratificare poſſit dominus?

Etenim multi in ea ſunt ſententia, quod ratificatione domini accedente non tamen quod geſtum eſt, ratum ſit; quam ſententiam etiam Autori noſtro placere video.

Quod ſi enim à falſo procuratore geſtum, ratum haberi poſſet, ſententia iam lata, fraudibus ſane ampliſſima aperiretur feneſtra: nam ſi ſententia hoc caſu valeret, occaſio daretur domino expectandi finem iudicii: & ſi ſententia pro ſe proferretur, eam ratificaret: ſi contra ſe, non ratificaret, quod foret iniquum, atqui iniquitati, malitiis & dolis obuiandum eſt *l. in fundo. Digeſt. de Rei vindicat.*

2. Accedit deinceps & hæc ratio quod ratificatio fieri debeat, re adhuc integra, & tempore congruo, quo actus celebrari poteſt *l. bonorum. Digeſt. rem ratam haberi.*

Sed poſt latam ſententiam actus iudiciales fieri non poſſunt; iam enim facti ſunt: ergo poſt ſententiam geſta per procuratorem falſum ratificari non poſſunt.

3. In iudiciis ſeruanda eſt æqualitas *l. vltim. Codic. de fructibus & lit. expenſ.* Atqui æqualitas non ſeruaretur, ſi valeret ratificatio: nam ſi lata eſſet ſententia contra falſum procuratorem, non eſſet in poteſtate eius aduerſarii hoc obtinere, vt domino præiudicaret: at in poteſtate domini, pro quo lata eſt ſententia, eſſet hoc efficere ratificando vt aduerſario ſuo præiudicaret.

Poſtremo vbi falſus procurator inuenitur, nec controuerſiæ dici ſolent nec poteſt eſſe iudicium *L. Licet. Codic. de procurat.*

Ergo non eſt in poteſtate hominis priuati per ratihabitionem efficere, vt iudicium quod nullum eſt, valeat

atque

atque conſiſtat: & ait ius aduerſario ſuo quæſitum, nullum ſcilicet iudicium dicendi, auferat.

Ex hiſce itaque fundamentis Fachineus, Salicetum, Ferrarium Mynſingerum aliosque è veteribus ſecutus concludit, Dominum non poſſe ſententiam pro falſo procuratore latam in ſuum commodum ratificare.

Sed, quod horum bona pace dixerim, ſententia contraria longe verior mihi videtur, atque ita omnino ſtatuendum cenſeo: ſententiam pro falſo procuratore latam ratificari poſſe à domino in ſui cõmodum & emolumentum. Vt autem ita ſentiam, his moueor argumentis.

1. In *l. 56. ff. de iudic.* ſtatuit Vlpianus *Si procurator falſus aliquid in iudicio egerit quod dominus poſtea ratum habeat, videri id retro ab initio recte in iudicium deductum.*

Reſpondet quidem Fachineus hanc legem 56. ad rem nihil facere, quia loquatur de ratificatione, pendente iudicio facta; non autem de ratificatione ſententiam definitiuam ſecuta.

Verum diuinatoria eſt hæc reſponſio, & qua facilitate adducitur, eadem quoque reiicitur: quin imo verbis ipſius textus aperte refellitur: generaliter ſiquidem & indiſtincte Vlpianus loquitur de eo, quod poſt litis conteſtationem à procuratore geſtum, dominus ratum habeat: ac proinde ad ſententiam quoque, vt quæ & ipſa litis conteſtationem ſequatur, hoc accommodari omnino debet.

2. Notiſſimi præterea iuris eſt, quod ratificatio mandatui æquiparetur & retrotrahatur ad principium actus *l. vltim. Codic. ad Macedon. d. l. 56. Digeſt. de iudic.* Igitur & hoc in loco ratificatio domini, mandato ipſius comparabitur, & perinde habebitur, ac ſi ab initio ſtatim procurator à domino plenum & legitimum habuiſſet mandatum; reſpondet Fachineus, prædictam regulam in propoſito noſtro locum non habere, quia res non amplius ſit integra: iſta vero regula obtineat quando ratificatio fit eo tempore, quo actus celebrari adhuc poteſt.

Sed nec hæc reſponſio adductum fundamentum elidit: ſi enim vera eſſet, tunc nec in præiudicium ſuum, ſententiam, contra procuratorem latam, ratificare poſſet, quia & eo caſu res poſſet dici non amplius eſſe integra: quod ſi vero tunc ratificatio valet, retrotrahitur & mandatui comparatur, cur non & hoc noſtro caſu?

3. Accedit his quod pars aduerſa ſibi imputare debeat, quod mandatum diligentius non examinauerit & exceptionem falſi procuratoris non obiecerit.

Nec obſtat quod regerit Fachineus, maiorem eſſe culpam falſi procuratoris, quam negligentiam ipſius aduerſarii.

Reſpond. Quandoquidem fieri poteſt, vt nulla penitus culpa falſo procuratori imputari poſſit: quid enim ſi is habeat mandatum à domino inſufficiens, quod ipſe procurator ſufficiens eſſe putauit? Deinde vt maxime culpa aliqua in eo ſit falſi procuratoris, quod verum atque legitimum non habet mandatum; ea tamen culpa ipſi procuratori nocere debet, non vero domino, ſententiam pro procuratore latam ratam habente.

4. Quotiens aliquid nullum eſt ex defectu conſenſus tantum, totiens illud, ſuperueniente conſenſu, retro validatur *d. l. fin. Codic. ad SC. Mac. c. Ratihabitio, de R. Iur. in ſext.* Atqui mandatum procuratoris ex ſola dependet domini voluntate, proinde ratificatione eius conualidatur.

5. Poſtremo hanc ſententiam eſſe communem teſtatur Iaſon *in l. Licet. 24. Codic. de procur.* Eandemque in Camera quoque

quoque Imperiali receptam ac præiudicis confirmatam ſcribit *Gailius 1.obſ.47.*

Neque reſiſtunt huic ſententiæ quæ pro contraria opinione adducta fuerunt: ad hæc enim primo in genere reſpondeo, ſi quid probarent ac concluderent, dicendum eſſet, quod nec tunc, quando in præiudicium domini tendit, id quod geſtum eſt, ratificatio quicquam operari poſſit: quoniam rationes adductæ ſingulæ atque vniuerſæ peræque obtineant, ſiue ſententia contra procuratorem lata ſit, ſiue pro procuratore.

Deinde, vt ad ſingula in ſpecie reſpondeatur, quod ad primum argumentum attinet; nullam certe fraudem, nullum dolum facit dominus, ſi ſententiam contra ſe latam non ratificat: ſententiam vero pro procuratore prolatam ratam habet; cum quisque ſibi vigilare debeat, vt cuius in arbitrio ſit bonum approbare, malum reprobare.

Ad ſecundum reſpondeo, id quod prius factum eſt, ratificari poſſe etiam eo tempore, quo amplius fieri non poteſt: cum ratihabitio ad præſens non referatur ſed ad præteritum tempus: nec hoc operetur, vt ex eo demum tempore actus valeat, quo ratihabitio interponitur, ſed vt validus ſit ab eo ſtatim tempore, quo initio factus fuit *l. fin. Codic. de SC Maced.* Quapropter, cum, vt dictum eſt, ratihabitio non referatur ad tempus præſens ſed ad præteritum, ſpectari non debet, vtrum actus nunc, tempore interpoſitæ ratihabitionis, fieri poſſit, ſed vtrum iure fieri potuerit eo tempore, quo initio geſtus illegitime fuit.

Ad tertium reſpondeo, in iudiciis æqualitatem obſeruandam eſſe, ſi par ſit eademque ratio actoris & rei, non vero ſi vtriuſque ratio ſit diſpar. Atqui hoc in loco diuerſiſſima ratio eſt litigantium: cum enim procurator ſit actoris atque ab ipſo mandatum habeat, quantumuis inſufficiens, eſt penes ipſum hoc quod tali ex mandatu geſtum eſt, ratum habere.

At quia hic falſus procurator à reo nullum habet mandatum, nec ipſius nomine procurator geſſit negocium, non valet quicquam eius ratihabitio ad præiudicandum actori. Denique id demum approbare aut reprobare poſſumus quod noſtro, non quod alieno nomine geſtum eſt; atque in noſtrum, non in alienum præiudicium valebit ratificatio *argum. d. l. fin.*

Ad poſtremum quoque non eſt difficilis reſponſio: nam vt iudicium valeat, & non ſit eluſorium, ſæpiſſime dependet à voluntate ac conſenſu partium, quantumuis priuatorum, præſertim ſi actus talis ſit, qui conſenſu & voluntate vel vtriusque litigantis, vel alterutrius conſtet, eiuſmodi eſt procuratoris ordinatio, quæ conſenſu tum actoris, vel rei, tum ipſius procuratoris ſuſtinetur. Et, ſi hoc argumentum efficaciter concludit, quæro, cur valeat ſententia & iudicium, quando ſui in præiudicium dominus ſententiam contra procuratorem latam approbat? Denique iudicium publicum eſt *Authoritate*, priuatum vero *vtilitate.*

Cæterum, cum ex conſtitutione Electorali Ducis Saxoniæ *15. part. 2.* Mulieres in iudicio, ſiue ipſæmet alios conueniant, ſiue ab aliis conueniantur, nil quicquam ſine curatore agere poſſint, & vt habent verba conſtitutionis, *daß witvven vnnd Iungfravven ohne vnderſcheidt des alters, zu allen rechtlichen Proceſſen ohne Vormündern nichts beſtendiges handtlen mögen*, dubium nullum eſt, quin nec procuratorem ad litem conſtituere valeant.

Qu. 22. *An fœmina iure Saxonico quæ per procuratorem, à ſe ordinato geſta sũt, rata habere poſſit?*

Quod ſi igitur mulier nihilominus ſine curatore vel marito ſuo procuratorem ad iudicium ordinarit, quæri ſolet, anne ſi poſtea id, quod procurator geſſit, poſt litem conteſtatam ratum habere poſſit, ſic vt valeat & ſubſiſtat?

Negandum hoc videtur Danieli Mollero 1. *ſemeſtr. 18.*

1. Quia conſtitutio Electoralis viduas & virgines in omnibus proceſſib. iudiciariis, ſiue actrices ſint, ſiue reæ, ſine curatore nihil efficaciter agere poſſe, diſerte pronunciat.

2. Quia quotiens conſenſus vel authoritas pro ſolemnitate, ſeu Forma requiritur ad aliquem actum, toties ab initio & in ipſo actu eum interuenire neceſſum eſt, nec ſubſequi eum poteſt, aut ex interuallo adhiberi ratificando, ſiquidem indiuiduum eſt quicquid ad ſolennitatem exigitur, quia forma eſt indiuidua, ac propterea vbi actus corruit ex defectu ſolennitatis, non poteſt poſtea confirmari ex interuentu ipſius ſolennitatis.

Atqui conſenſus & autoritas, quam vult conſtitutio interuenire, pertinet ad ſolennitatem & formam actus à muliere geſti, quoniam ad integrandam ſeu legitimandam perſonam mulieris, hoc eſt, ſupplendam illius imbecillitatem & fragilitatem, & ſic ſolum ad ipſius commodum & non etiam curatoris, vel alterius, requiritur.

3. Quicquid nullum eſt, quodque eſſentiale ſuum non habet, id ratihabitio non confirmat, vt teſtatur Bartol. *in l. obſeruare num. 7. ff. de offic. proconſ.* Atqui actus ſine curatore à muliere geſtus, eſt nullus ab initio, vt oſtendunt verba textus ſupra recitata: proinde illum ratihabitio confirmare non poteſt.

Verum enim vero, etſi hæc argumenta admodum ſint ſpecioſa, mihi tamen contraria opinio ſemper viſa fuit verior & æquior; idque propter hæc fundamenta.

1. Quia regula eſt iuris communis, quod ratihabitio in omni actu retrotrahatur ad initiũ actus, ſic vt tunc conſenſus interueniſſe videatur *l. fin. Codic. de SC. Macedon. c. Ratihabitio de R. Iur. in ſext.* Atqui in præſenti negocio contrarium non reperitur ſancitum Electorali conſtitutione, vt ex iis, quæ mox dicentur, euadet manifeſtiſſimum.

2. Quia conſtitutio Electoralis ſolum mulieris fauorem concernit, ne ſcilicet inopia conſilii circumuenta lædatur: proinde ratio nulla eſt quæ prohibeat, quominus curator id, quod per mulieris procuratorem bene eſt geſtum, ratum habere poſſit, ne quod in fauorem mulierum conſtitutum eſt, in odium ipſarum torqueatur.

Non obſtat huic ſententiæ generalitas conſtitutionis indiſtincte prohibentis quicquam efficaciter à muliere fieri ſine curatore: reſpond. Hæc enim generalitas reſtringenda eſt ex ratione conſtitutionis, ad ea quæ male ſine curatore ſunt geſta, vt infra ex ipſo Dan. Mollero docebitur. Deinde cum ſequitur ratihabitio curatoris, non poteſt dici procurator ſine curatore conſtitutus quandoquidem ratihabitio retrotrahitur ad initium actus, ſic vt tunc ſtatim interueniſſe cenſeatur *l. fin. C. ad SC. Macedon.*

Sic nec ſecundum Molleri argumentum firmiter concludere videtur, quia maior propoſitio non videtur admittenda; quis enim ignorat conſenſum ad procuratoris conſtitutionem, vt eſſentiale requiſitum deſiderari, vt quæ mandatu fiat *l. 1. princ. de procur.* mandatum vero ſolo conſenſu perficiatur *tot. tit. I. de obligat. quæ ex conſenſu.*

Et tamen ratihabitionem hic pro mandatu haberi & defectum conſenſus supplere palam eſt ex iis, quæ paulo antea fuerunt adducta; nec de eo quiſquam hominum dubitat.

Minus ad rem facere videtur poſtremum, quia quod dicitur, id quod nullum eſt, ſuaque eſſentialia non habet, per ratihabitionem confirmari non poſſe, hoc non procedit in iis, quæ tantum propter defe-

Digitized by Google

defectum conſenſus nulla ſunt: quandoquidem hæc propter ſuperuenientem conſenſum retro validantur. Gail. *1. obſeru. 47. num. 5.*

Qu. 23. *An fœminæ ſi quid efficaciter agere velint cogantur mariti & curatoris conſenſum adhibere?* Sed quæſtionis eſt vtrum fœminæ, ſi quid iure Saxonico efficaciter agere velint, cogantur vtriuſque, & mariti, & curatoris conſenſum adhibere, an ſufficiat alterius conſenſum & authoritatem interponi?

Et videtur prima fronte dicendum, quod vtriuſque conſenſus & authoritas adhiberi debeat: idque ex hoc fundamento, quia præfata Electoralis conſtitutio vtitur non particula diſiunctiua VEL ſed particula copulatiua ET, *Ihrer Ehlichen vnnd andern Vormünden*, Huius vero particulæ natura eſt, vt coniungat, non vero vt diſiungat.

Sed quod diſiunctiue adducta conſtitutionis verba intelligi debeant, ita vt ſufficiat ſi alterutrius conſenſu, mariti inquam, vel curatoris procuratorem conſtituat, concludit Daniel Mollerus & cum eo Autor noſter.

Tametſi enim particula ET ſua natura ſit copulatiua atque diuerſa coniungere, non diſiungere ſoleat, *arg. l. 36. §. nihil. de legat. 1. l. 142. de verb. ſignificat.* quia tamen interdum diſiungendi poteſtatem habet *l. ſæpe ita 53. de Verb. ſignific.* ideo & hoc loco potius ſic eſt accipienda vt diſiungat, quam vt coniungat, idque propter rubricam *conſtit. ſeq. 16. Ob die verpflichtigung* interceſſion, *oder* renunciation *der Weiber welche mit zuthun jhrer Ehelichen oder anderer hierzu erbetenen Vormunden geſchehen* &c. in qua aperte maritus & curator mulieris diſiunctiue ad obligationes, interceſſiones & renunciationes mulierum requiruntur. Atque ita quoque anno 72. menſe Decembri à Scabinis Lipſenſibus reſponſum fuiſſe idem Mollerus teſtatur.

Cui adſtipulantur Matth. Weſenbec. *conſil. 11. num. 17. part. 1.* Anton. Hering. *de fideiuſſor. capit. 18. num 55.* Iacob Menochius *2. arbitr. caſu 86. numer. 19. & ſequent.*

Quæritur autem porro, vtrum vxor marito ſuo actiones ſuas per ſe mandare poſſit ſine curatoris alicuius authoritate ac conſenſu: An vero ad id ſpecialis conſtituendus ſit curator? Qu. 24. *An vxor poſſit actiones ſuas marito ſine curatore mandare?*

Et curatore opus ad hoc eſſe reſpondet Mollerus.

Atque receptionem hanc eſſe opinionem teſtatur Rauchbarus quod petendus ac dandus ſit prius vxori à magiſtratu curator, vt deinceps huius interuentu & authoritate accedente, lis vel cauſa ab vxore marito demandetur *argum. text. in artic. 31. & ibi gl. in lit. L. & art. 45. lib. 1.*

Et rationem hanc adducit, quod maritus in rem ſuam auctor eſſe non poſſit *§. fin. I. de auctorit. tut.* Ac ipſæ mulieres cum legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habeant: nullumque actum in iudicio, vel extra ſine curatoris authoritate expedire valeant *d. conſtit. 15. & 16. part. 2.* Nec procuratorem abſque curatore recte conſtituunt, exemplo minorum, qui, vt ipſi per ſe ad litigandum inidonei & inhabiles ſunt *l. 2. C. qui legit. ſtand.* ita & procuratorem ſine curatore ordinare prohibentur *l. neque l. non eo minus 14. C. de procurator.*

Cæterum ſi mulier per ſeſe coram iudice, marito cauſam commiſerit, opus non eſſe curatoris authoritate recte pronunciant, quia authoritas ac poteſtas iudiciorum plus aut ſane tantundem operari & valere debet, quam curatoris authoritas & poteſtas.

Digitized by Google

RESOLVTIO THESIS Quintæ.

Lit. A. POſtquam Autor noſter oſtendit, quinam procuratores conſtituere poſſint vel non poſſint, nunc demonſtrare pergit quinam procuratores conſtitui poſſint vel non poſſint?

Qu. 24. *An minores 25. annis poſſint ad litem procuratores cōſtitui?* Quocirca de Minore 25. annis initio quærit, vtrum hic ad litem & iudicium procurator dari queat?

De qua quæſtione ſic quibuſdam ſtatuendum videtur: Minorem 25. annis, etſi extraiudicium procurator idoneus eſſe poſſit; ad iudicium tamen illum dari procuratorem non poſſe, his argumentis moti.

1. Primo enim *in l. 51. princ. Digeſt. de procurator.* Vlpianus aperte ſcribit, *Minor 25. annis ſi defenſor exiſtat, ex quibus cauſis in integrum reſtitui poteſt, defenſor idoneus non eſt.*

2. In *l. exigendi 12. Codic. de procurat.* Alexander Imperator Frontoni reſcribit: *Exigendi à filio tuo mandati, qui ſe defenſioni tuæ offerebat, duplici ratione neceſſitas non fuit, aut quod defendere quis, ſiue libertus, ſiue extraneus ſit, ſine mandatu poteſt, ſatiſdatione tamen pro defenſione præſtita, & alia procul dubio obſeruatione ſubiecta, aut quod filius etiam, ſi vltro actionem patris nomine dirigat, mandatum probare non cogitur; ſane quod necdum legitimam ætatem filius tuus compleuit, ob hoc quidem depellere à procurationis officio eum iudex non iniuſte potuit:* At vero hoc loco legitima ætas ſignificat ætatem 25. annorum, cum ita in dubio frequentius illa verba accipi ſoleant *l. fin. Codic. de his qui veniam ætat.* Igitur ob ætatem 25. annorum nondum completam, poteſt aliquis iuſte ab officio procuratoris depelli.

3. Qui non habent legitimam perſonam ſtandi in iudicio, illi non poſſunt eſſe procuratores in iudicio: idque dubium non habet: iam vero minores 25. annis non habent legitimam perſonam ſtandi in iudicio *l. 2. & 3. Codic. qui legitimam perſon. §. Inuiti. I. de curator.* Nec ſuorum ipſorummet poſſunt eſſe legitimi ac idonei defenſores *l. 5. Digeſt. de reb. auctor. iud. poſſid.* Ergo minores 25. annis non poſſunt eſſe procuratores ad litem.

4. Qui ipſi non poſſunt ſua negotia recte adminiſtrare ac procurare, illi non debent ad aliorum negociorum adminiſtrationem admitti, *arg. §. item maior. I. de excuſat. tut.* Atqui minores 25. annis non poſſunt ſua negocia propria adminiſtrare *l. 1. Digeſt. de minor. princ. I. de curatorib.* Ergo non debent ad aliorum negociorum adminiſtrationem admitti.

5. Accedit textus iuris Pontificii apertiſſimus *in capit. qui generaliter 5. §. 1. de procurat. in ſext.* vbi Bonifacius octauus pontifex maximus in hæc verba ſcribit: *Licet autem quis poſt decimum ſeptimum annum procurator ad negocia licita deputetur, ad iudicia tamen, niſi maior 25. annis fuerit, deputari nequibit.*

6. Quicunque habent beneficium reſtitutionis in integrum, illi non ſunt idonei procuratores, quia iudicium redderetur eluſorium reſtitutione illorum. Atqui minores 25. annis, etiam procuratorio nomine condemnati, habent beneficium reſtitutionis in integrum. Ergo non poſſunt eſſe idonei procuratores in iudicio.

Aſſumptio probatur quia minor 25. annis proprio in negocio circumuentus, ac læſus habet reſtitutionem in integrum *tot. tit. ff. de reſtit. in integr. min.* Atqui minor, cum procuratorio nomine cōdemnatus, læſus eſt, intelligitur in proprio negocio & propria cauſa læſus: quoniam per litis conteſtationem litem in ſe transfert ipſeque

Digitized by Google

que efficitur dominus litis & cauſæ *leg. 22.cum ſeq.Cod.de procurat.l.4.§.final.Digeſt. de appellat.* Igitur procuratorio nomine circumuentus & læſus reſtituitur in integrum.

Cæterum alij eum, qui annum decimum ſeptimum compleuerit, ſtatuunt idoneum procuratorem eſſe ad litem: quæ opinio etiam mihi veriſſima videtur, ac ſequentib. argumentis roboratur.

Nam primo quicunque poſtulare poſſunt in iure, hoc eſt vel ſuum, vel alterius deſiderium apud eum, qui iuriſdictioni præeſt, proponere aut alterius deſiderio contradicere, illi poſſunt etiam, & quidẽ multo magis, in iudicio procuratores eſſe. cum plus ſit, ex omnium confeſſione, poſtulare, quam procuratorem agere. Atqui is, qui compleuit annum decimum ſeptimum & annum decimum octauum attigit, poteſt poſtulare *l. 1. §. 2. ff. de poſtulando.* Ergo idem poterit quoque in iudicio procurator eſſe.

2. Quia inter iuſtas cauſas, ex quibus minor annis 25. manumittere poteſt, etiam hæc numeratur, ſi quis ſeruum procuratoris habendi cauſa manumiſerit, dummodo ſeruus non ſit minor decem & ſeptem annis *l. 30.ff. de manum. vindict.§.iuſtæ l. quibus ex cauſ. manum. non licet.* Et licet quidam reſpondeant, illos textus intelligendos eſſe de procuratore ad negocia extraiudicialia: id tamen primo illi non probant. Deinde duplici argumento refelluntur. Primo enim agitur in iſtis locis de ſeruo manumittendo, ad hoc, vt fiat procurator, iam vero ad negocia extraiudicialia non eſt opus vt procurator manumittatur, cum ſeruus etiam poſſit eſſe procurator negociorum *leg. 7. §. 1.Digeſt.de inſtit. act. leg. 3. §. final. Digeſt.de minor.* Deinde requiritur vt ſeruus procuratoris habendi gratia manumiſſus non ſit minor ſeptendecim annis: At hoc non requiritur ad negociorum, ſiue extraiudicialem procuratorem, cum etiam puer poſſit talis procurator eſſe *l. 1. §. 16.Digeſt.de exerc. act. l. 7. §.2.Digeſt.de inſtit. actor.*

3. Confirmat quoque hanc eandem noſtram ſententiam hoc argumentum, quod in quibuſcunque caſibus & cauſis minores gaudent beneficio reſtitutionis in integrum, in illis poſſint eſſe idonei procuratores *l. 15. ff. de procurator.* Atqui minores procuratores non reſtituuntur in integrum quoniam alias ipſi potius maiores, quorum negocia adminiſtrant reſtituerentur *leg. 23. Digeſt. de minor.* Ergo minores poſſunt eſſe idonei procuratores.

Nihil obſtant veriſſimæ huic ſententiæ argumenta ſuperius adducta, quod enim ad *leg. 51. Digeſt. de procuratoribus.* reſpondetur, illam loqui non de procuratore, ſed de defenſore. De defenſore verum eſt, quod non debeat eſſe minor 25.annis, quoniam cum ſit ſine mandato, habebit beneficium reſtitutionis in integrum *l. 23. ff. de minor.* adeoque iudicium reddetur eluſorium. At contrarium eſt in procuratore qui non eſt ſine mandato, & ideo beneficium reſtitutionis habet *dict. leg.23.*

Deinde poſito eo, quod *dict. leg. 51.* de procuratore loquatur, ſententiam tamen noſtram confirmabit, non infirmabit. Dicitur enim, ex quibus cauſis minor reſtitutionem in integrum habet, in illis non poſſe idoneum eſſe procuratorem.

Atqui minor procurator regulariter non poteſt reſtitui in integrum propter mandatum, quod habet *l. 23. ff. de minor.* Ergo minor 25. annis non poteſt eſſe idoneus procurator.

Non obſtat etiam ſecundum argumentum: nam loquitur & illa *lex 12. Cod. de procurat.* de defenſore, non de procura-

tore, idque manifeſtum eſt tum ex *verſic. Aut quod defendere quis*, tum etiam ex eo, quod in eadem lege toties, & tam conſtanter filius appellatur defenſor.

Non obſtantibus verbis iſtis à procuratoris officio: nam defenſor generali appellatione procurator quandoque appellatur. Præterea legitima ætas in illa lege duodecima non ſignificat ætatem annorum viginti quinque, ſed annorum ſeptendecim; etſi enim regulariter in iure noſtro legitima ætas ſit annorum viginti quinque; tamen pro diuerſitate ſubiecti variè in iure accipitur, ita vt aliquando quatuordecim annos ſignificet, vt cum de ætate ad contrahendum matrimonium legitima quæritur *l. 50. in fin. Digeſt. de legat. 3. l. 8. Digeſt. de condict. cauſ. dat.* Sic igitur etiam hoc loco legitima ætas pro materia ſubiecta ſignificat ætatem ſeptendecim annorum, quæ ætas dicitur moderata ad procedendum in publicum *l. 1. §. 2. ff. de poſtuland.*

Ad tertii argumenti aſſumptionem reſpondetur dupliciter, primo minorem viginti quinque annis non poſſe in propria cauſa ſtare in iudicio, atque ita eſſe accipiendum *tot. titul. Cod. qui legit. perſon.* At vero in aliena cauſa poſſe minorem in iudicio ſtare: diuerſitatis huius rationem hanc eſſe, quod minor in propria cauſa ſtans in iudicio poſſet lædi & circumueniri: at in aliena cauſa non item. Si quæ enim læſio hìc contingeret, ea non ad minorem, ſed ad maiorem, cuius cauſam ille agit, pertineret.

Deinde reſponderi poteſt, minorem non habere legitimam perſonam ſtandi in iudicio ſi nondum compleverit annum decimũ ſeptimũ atq; ita intelligendum eſſe totum illum titulum *Codic. qui legit. perſon.* Habere autem legitimam perſonam ſtandi etiam in cauſa propria in iudicio, ex *dict. leg. 1. §. 2. Digeſt. de poſtuland.* vbi Iuriſconſultus ait: *Moderatam hanc ætatem prætorem ratum eſſe, qua in publicum atque in iudicium progrederetur.*

Ad quartum reſpondemus, primò maiorem non eſſe perpetuam, ſed ſolum procedere in tutela & cura pupillorum & adultorum: ita vt quibus negotia propria non committuntur, illi non admittantur ad aliorum curam aut tutelam, quia intereſt Reipublicæ tutelam pupillorum non negligi, at ſi quis maior eum præficiat ſuis negotiis, qui per ætatem aut aliam quamcunque rationem negotia ſua adminiſtrare non poteſt, is ſibi debet imputare cur talem negotiis ſuis præpoſuerit *dict. leg. 23. Digeſt. de minoribus.* Secundò reſpondetur ad aſſumptionem, eam de illis minoribus, qui annum decimum ſeptimum compleuerunt, negando ex *dict. leg. 1. §. 2. verſic. qui moderatam hanc ætatem. ff. de poſtuland.*

Ad quintum reſpondemus, etiamſi iure canonico repellatur à iudicio qui nondum compleuerit ſeptendecim annos; ius tamen ciuile hoc in loco merito ei præferendum eſſe: tum quod hìc verſemur non in ſpiritualibus, ſed in ſecularibus: tum etiam quod in ipſo *capite quinto* abſurde ſtatuatur, illum demum, qui ſeptendecim annos compleuerit, ad negotia extraiudicialia procuratorem admitti.

Ad ſextum reſpondetur, negando eius aſſumptionem ex *leg. 23. Digeſt. de minor.* quod autem ad probationem attinet, reſpondeo, poſt litem conteſtatam ſubtilitate quidem iuris procuratorem effici dominum litis, ipſum vero principalem veritate ipſa inſpecta, dominum eſſe, vt ad quem omne emolumentum & damnum litis redeat, Donellus *18. comm. 12. pagin. 196.* Ac proinde minorem damnatum procuratorio nomine, reuera non ſuo, ſed alieno nomine condemnatum eſſe; atq; ideo, ſi vlla læſio ex ſententia ſe-

tia ſequatur, ea non ad ipſum minorem ſpectet, ſed ad principalem, ad quem diximus omne litis commodum & incommodum redundare.

Qu. 26 *An minor iuriperitus gaudeat reſtitutione in integrũ?*

De minore viginti quinque annis Iurisperito, maxime ſi in iure dignitatẽ veluti doctoratus ſit conſecutus aut ad lites procurator ſit factus, quæritur anne ſi læſus fuerit, gaudeat beneficio reſtitutionis in integrum? Quæ quæſtio valde difficilis & intricata eſt: ſunt enim quidam haut poſtremæ eruditionis & famæ ICti, quib. affirmatiuam tueri placet: quorum argumenta fideliter recenſebo, & quidnam ſtatuendum ſit circa hanc quæſtionem ſubijciam.

Primo abſurdum & iniquum eſt, peritum iuris deterioris eſſe conditionis quã imperitum: ſiquidem, Venuleio ICto teſte, ſtultus nõ debet eſſe melioris cõditionis q̃ ſapiens ac peritus: Atqui, ſtante hac ſententia, quod peritus iuris læſus & circumuentus non habeat beneficium reſtitutionis, deterioris eſſet conditionis imperito iuris, vt cui in integrum reſtitutio concedatur: proinde perito quoque imbecillitate iudicij lapſo & circumuento ſuccurrendum eſt.

2. Deinde quod minori perito non ſit deneganda reſtitutio in integrum, probare videtur textus in *l. 1. ff. de minor. 25. annis*, vbi Vlpianus loquẽdo de prætore inquit: *Apparet minoribus 25. annis eum opem polliceri. Nam poſt hoc tempus compleri virilem vigorem conſtat, & ideo hodie in hanc vſque ætatem adoleſcentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei ſuæ adminiſtrationem accipiunt, quãuis bene rem ſuam gerentib.* Vnde relucet, quod etſi minor rem ſuam bene gerat, adhuc tamen iure minoris cenſeatur, &, licet induſtrius, prudens, ſagax & peritus fuerit, remedio tamen reſtitutionis vtatur. Quocirca etiam minor iurisperitus, ſi iudicij imbecillitate lapſus ſit, beneficio in integrum reſtitutionis gaudebit.

3. Inſuper nulla penitus culpa imputari poteſt iurisperito, ſi in emptione domus vel fundi fuerit læſus, cum ea, quę facti ſunt, prudentiſſimos quoſque ſæpiſſime fallant *leg. 2. ff. de iur. & fact. ignor. cap. 1. de cõſtit. in ſext. l. error. C. de iuris & facti ignor.* Nam licet olim de agro emendo & filia elocanda conſulti fuerint iurisperiti, quaſi omnium rerum haberentur ſapientes, quia iuris ciuilis diſciplinam ex media philoſophia hauriebant, hodie tamen vt experientia docet, maior pars iurisperitorum non bene de his rebus conſuleretur.

4. In *l. 1. Cod. qui & aduerſ. quos.* Alexander Imperator docet, etiamſi quis diligẽs paterfam. ſit actibus publicis ita ſe induſtrium probauerit, vt lapſum eum per ætatem veriſimile non ſit; ſi tamen cauſa cognita circumuentus deprehendatur, reſtituendum eſſe.

Ex his proinde iuris fundamentis dicendum videtur iurisperitiſſimum, minorem 25. annis in integrum reſtitui.

Sed plurimi tamen excellentiſſimi Iuriſconſulti huic opinioni contradicunt, & iurisperitum minorem 25. annis, ætatis iudicio lapſum non reſtitui contendunt: fundamenta verò, quibus innituntur hæc ſunt.

1. Cum ſe læſum facilitate ſua iurisperitus minor 25. annis allegat, quaſi turpitudinem ſuam fateri videtur: iuris enim prudentem ignorantia labi turpe eſt.

2. Ceſſante ratione beneficij, ceſſat & beneficium: Atqui ratio reſtitutionis concedendæ, facilitas & ignorantia rerum eſt, quæ minorem ætatem plerumque ſolet comitari *l. 1. Digeſt. de minor. l. 1. & 2. C. de in integrum reſtit. minor.* quæ ratio in minore iurisperito ceſſare videtur. Nã & profeſſio ſua ab omni ignorantiæ excuſatione eum excludit *l. profeſſio tua. Cod. de mune. patrim.*

Cum enim iurisprudentia ſit diuinarum atq; humanarum rerum notitia, iuſti atque iniuſti ſcientia, vt inquit Vlpianus

nus in *l. 10 §. iuriſprud. ff. de iuſtit. & iure.* qua fronte, qui omnium rerum notitiam profitetur, rei à ſe geſtæ poterit imperitiam allegare? cui congruit quod ſcribit Pomponius in *l. 2. §. poſt hos Quintus Mutius. ff. de origine iuris.* Turpe eſſe patricio & nobili & cauſas oranti, ius in quo verſatur, ignorare. Cui addi poteſt textus in *leg. ſi quis ex argentariis. §. prætor ait. Digeſt. de edend.* in verbis: *Quod etiam ipſe inſtructus eſſe poteſt inſtrumento ſuæ profeſſionis, & abſurdum eſt, cum ipſe in ea ſit cauſa, vt edere debeat, ipſum petere vt edatur ei.* Eodemque pertinere videtur textus in *l. 9. Digeſt. de iuris & facti ignorant.* in verbis *vel ſua prudentia inſtructus ſit*, ex quibus infertur, minorem iuris doctorem, vel profeſſorem, ſe circumſcriptum allegantem, à reſtitutionis auxilio repellendum: ſiquidem minor in petenda reſtitutione allegans vel detegens turpitudinem ſuam, non auditur: hic autem manifeſtiſſime allegat turpitudinem ſuam qui iuriſperitus ignorantiam iuris allegat.

Ego circa propoſitam quæſtionem diſtinguendum puto inter ea, quæ iuris ſunt, & quæ ſunt facti, vt in iis, quæ facti ſunt, etiam iuriſperitus minor viginti quinque annis reſtitui poſſit in integrum: in illis verò, quæ ſunt iuris, reſtitui nequeat.

Ratio autem huius diſtinctionis euidens eſt, quoniam iuriſperitus in iis quæ facti ſunt, facilitatem ſuam & ignorantiam allegans, ſeque ea circumventum & captum prætendens, non allegat vllam turpitudinem, cum in eo, qui aſſiduam iuriſprudentiæ operam nauat, rerum ac negotiorum imperitia ſit excuſabilis: at in iis quæ iuris ſunt, quoniam iuriſperitus peritiam ſuam & induſtriam profitetur, non poteſt imbecillitatem ac imperitiam allegare atq; ſe tanquam exinde læſum in integrum reſtitui poſtulare.

Huic ſententiæ iam non aduerſantur, quę pro priori opinione fuerunt adducta. Primum enim argumentum ipſemet Sarmientus lubricum ſatis atq; infirmum agnoſcit: nam certiſſimum eſt, quod error vel culpa in homine erudito, prudente ac ſapiente maior ſit & maiorem mereatur reprehenſionem, quam in homine indocto, ſtulto & imprudente: vnde nobili & doctori turpe eſt iura ignorare: at illiterato ita turpis non eſt iuris legumque ignorantia. Hinc etiam omnes ſapientes indicarunt longe grauius eſſe delictum à viro honorato & in dignitatis aliquo gradu conſtituto admiſſum, quam ſi ab homine viliorıs conditionis idem fuerit perpetratum.

Ad reliqua argumenta faciliıme reſpóderi poteſt ex diſtinctione modo propoſita: nam loquuntur de iis quæ facti ſunt, non etiam de iis quæ iuris ſunt, & in quibus minores ſuam profitentur peritiam atque induſtriam. Proinde licet minores negotiorum eorundemque adminiſtrationis peritiſſimi ſint, tamen quoniam petentes ſe reſtitui, nullam ſuam allegant turpitudinem, vt qui ſuam peritiam prius non ita publice profeſſi fuerint, idcirco reſtitutio ipſis non denegatur: ſecus ſeſe res habet in minore iuriſperito, doctore, profeſſore & cauſidico, vt oſtenſum fuit.

RESOLVTIO THESIS SEXTÆ.

ILlis porro, qui procurationem ſuſcipere prohibentur, annumerari quoq; ſolet fœmina: ſic enim expreſſe ſcribit Paulus in *l. 54. Digeſt. de procurator.* fœminas idoneas procuratores & defenſores eſſe non poſſe. Et Imperator Diocletian. & Maximin. in *l. 18. Cod. de procurator. Alienam*, inquiunt, *ſuſcipere defenſionem virile eſt officium & vltra ſexum muliebrem eſſe conſtat: filio itaque tuo, ſi pupillus eſt, tutorem pete.* Id quod Imperatores Seuerus & Antoninus in *leg. 4. eodem titul.* expreſſe quoque con- *Litera A.*

que confirmant, dum aliena negotia per mulieres agi non poſſe Saturnino reſcribunt. Teſtatur idem quoq; ICtus in *l.2.ff. de reg. iur.* dum fœminam à procuratoris officio diſertè remouet propterea, quod ciuile ſit & publicum munus.

Obſeruandum autem eſt, authori noſtro, vt & ICtis atq; Imperatoribus in legibus adductis ſermonem eſſe de procuratore iudiciali; huius enim officium publicum & virile eſt, quia cum iudicia ſint publica *l.3.in fin.ff.de munerib.* omnia quoque ea, quæ ad iudicia ſpectant illisq; cohærent, qualia ſunt acta, citationes, ſatisdationes & officia procuratoria, publici iuris cenſeri debent *arg. l. cum principalis. de reg. iur.* procuratio vero extraiudicialis non eſt officium publicum, ſed priuatũ, vnde etiam extra iudicium procuratoris officio fœmina fungi poteſt *l. ſed ſi quis. ff. de Inſtit.act.l.3.§ 1.ff.de negot geſt.l.10. §.ſi cui. ff.mandat.*

Ratio autem, cur ciuile ſit officium procuratio iudicialis, hæc eſt, quia fœminæ non ſolum imperitia iuris iudiciiq́ue imbecillitate laborant, ſed etiam verecundia & pudor ſexus prohibet eas ſeſe virorum conſortio immiſcere *l.1.§.ſecundo ff.de poſtulando.*

Cæterum regula hæc quaſdã admittit exceptiones: nam ſunt caſus quidam quibus & mulier in iudicio procurator eſſe poteſt; quorum *primus* eſt, ſi in rem ſuam ſit procurator: ita enim expreſſe Imperator. in *l.4.Cod.de procurator.* ſcribunt: *Fœminam quidem alieno nomine agere in iudicio non poſſe, niſi in rem ſuam & proprium lucrum mandatæ ſint ei actiones.*

Ratio autem huius exceptionis expedita eſt, quia nempe procurator in rem ſuam nominetenus tantum procurator eſt, quandoquidem ſuum negotium ſuamq́ue litem perſequitur, vt ſupra ſub initium theſeos primæ prolixè oſtendimus. Sic & miles in rem ſuam rectè eſt procurator *l. qui ſtipendia. 9.C.de procurat.* quamuis alias non rectè procurator detur, vt mox dicemus.

Secundo Foemina in iudicio procurator eſſe poteſt pro parentibus, ſed hiſce duabus conditionibus. 1. Si parentes morbus aut ætas impediat, quo minus ipſi cauſam in iudicio procurare poſſint. 2. Si non alium habere queant qui procurationem ipſarum ſuſcipiat.

Expreſſum hoc eſt in *l.41.ff.de procur.* in qua Paulus; *Fœminis pro parentibus agere interdum permittetur, cauſa cognita, ſi forte parentes morbus aut ætas impediat, nec quenquam, qui agat, habeant.*

Ratio huius exceptionis eſt pietas parentibus debita, & quia propter inopiam perſonarum quis interdum recipitur, qui alioqui non reciperetur ad munus publicum *l.11 § quotiens. ff. de muneribus & honoribus.*

Eodem planè modo, quo fœminis permittitur pro parentibus in iudicio procurationem ſuſcipere, exiſtimat Weſenbecius concedi eidem pro liberis in iudicio procuratoris officio fungi; verum vtrum hoc admittendum ſit, ambigo, etenim in *l. 18. Cod. de procurator.* expreſſe Imperatores reſcribunt, matrem non poſſe eſſe filii ſui procuratricem, ſed ei tutorem petere debere. Quæ.27 *An fœmina pro liberis poſſit procurator eſſe in iudicio?*

Nec ad rem facit quod cum fœminæ pro parentibus procuratoris officio fungi permittatur, multo magis eidem concedendum videatur, vt liberorum procurator eſſe poſſit, cum maior ſit affectio parentum in liberos, quam liberorum in parentes.

Rectè enim ad hanc rationem reſpondet Antonius Faber: idcirco faciliùs permitti fœminis agere pro parẽtibus quam pro liberis, quia impuberibus liberis aliter conſuli poſſit tutoris datione *dict. leg. 18.* at parentibus prouideri ea ratione nequeat, ſi valetudine impediantur, nec quiſquam ſit, qui eorum nomine agere velit: quandoquidem non ſicut inuitus

Digitized by Google

quis tutor eſſe cogitur, ita inuitus procurator datur.

Excipitur præterea iure canonico Abbatiſſa, quæ pro monaſterio procuratrix conſtitui poteſt: id quod conſtitutum eſt in *cap. cum dilecta. 4. de confirm. vtil.* quo in loco ita Pontifex ſcribit: *Quia vero præfatum monaſterium ad ius & proprietatẽ Apoſt. ſed per priuileg. præd. no. pertinere monſtratur, ne ius Eccleſiæ Romanæ remaneat indefenſum, eandem Abbatiſſam procuratricem ipſius duximus ſtatuendum &c.*

Atque hæc ita iure ciuili. Saxonico iure fœmina non ſolum pro aliis procuratrix exiſtere non poteſt; ſed in propria etiam cauſa legitimam perſonam ſtandi in iudicio non habet: proinde curator ipſi ad iudicium & litem dandus qui appellatur *Kriegiſcher Vormund*, *conſtitut Electoral. 11. p. 2.* cuius verba ſunt hæc: *Es haben die gemeine kayſerliche vnnd landübliche Sachſiſche Recht in etlichen gewiſſen fallen, der Weibsperſon halben, verſehung gethan damit ſie auß mangel gutes raths vnnd bedachts nicht vbereylet vnnd hindter gangen werden mochten, Wann wir dann ſolches, auß erheblichen bedencken vnd vrſachen, auch weyter Zuerſtrecken notwendig erachten, So conſtituiren vnnd ordnen wir, daß hinfüro Wittwen vnnd Iungfrawen, ohne vnterſchied deß alters, in allen rechtlichen Proceſſen, ſie halten gleich Klägern oder Beklagter ſtatt, ohne Vormunden nichts beſtandig handeln mögen.*

Derwegen dann die Gerichtshalter eines jeden Orts, vngeacht ob ſolches gleich von keiner Part geſucht würde, einer jeden vnbevormündeten Weibsperſonen zu jhrer Klage vnd Antwort, Ampts halben einen kriegiſchen Vormunden geben vnnd zuordnen ſollen, wie dann auch die Ehemanner, wann ſie jhrer Eheweiber halben klagen, oder dieſelbigen vertretten, jhre Perſonen durch Vollmacht oder caution de rato *dißfalls* legitimiren *ſollen.*

Gleicher geſtalt ſoll auch den Weibsperſonen das jenige, was ſie ohne vorwiſſen vnd authoritet *jhrer evelichen vnnd andern verordneten Vormünden, inn vnd auſſerhalb Gerichts, ſchlieſſen vnnd handeln, damit ſie ſich gegen jemand verpflichten, vnſchädlich vnnd vnvortheilich ſeyn, Iedoch mögen Ehefrawen, Wittwen vnd Iungfrawen, wo ſie jhre mündige jahr erreicht haben, vor ſich ſelbſt von jhren Haab vnnd Gütern, beweglichen vnnd vnbeweglichen, auſſerhalb der Gerade, wol Teſtament machen, vnd was ſie alſo Teſtamentsweiſe dem Rechten gemäß verordnen, das ſoll beſtandig vnnd kräfftig ſeyn, vngeachtet, ob gleich daſſelbige ohne Vormünden geſchehen, wie dann auch den Wittwen vnnd Iungfrawen ſo mündig (außgeſchloſſen die vnbeweglichen Güter) mit jhrer fahrenden Haab zuthun, dieſelbige ſo weit die Recht nachlaſſen, zuvergeben, vnnd innſonderheit den Weibsperſonen, ſo Zu handthieren pflegen, mit kauffen vnd verkauffen in den Krämen, vnnd andern dergleichen Wahren, ohne Vormünden beſtandig vnd verbündtlich zuſchlieſſen vnd zuhandeln, hiemit vnbenommen ſeyn ſoll.*

Hic porro curator à magiſtratu eius loci conſtituitur, vel ad omnes cauſas, præſentes & futuras, vel ad vnam duntaxat cauſam, prout ex locis ab authore citatis manifeſtiſſimè relucet, ac praxis quotidiana ſatis abundeque edocet.

Quod ſi curator expreſſe ad cauſas præſentes & futuras, neque nominatim ad certam aliquam cauſam, mulieri fuerit datus, ſed generaliter datus ſit, in dubio hoc ad omnes cauſas datus cenſetur, *leg. 3. §. 2. de tutel. & §. datus Inſtitut. de excuſat. tutor.* vbi Iuſtinianus ſcribit, *tutorem datum, ad vniuerſum patrimonium datum intelligi.* Quod igitur de tutore illic aſſeritur, idem de curatore quoque aſſerendum eſſe videtur.

Cæterum curator ad litem fœminæ, non niſi voluntarius datur, idque Mollerus in loco ab authore citato in aula electorali quotidie practicari teſtatur: nec inuitum quenquam datum eſſe ſeſe meminiſſe ait: quia vbi quis confirmatus ex quibuſcunque

buſcunque fere cauſis ſeſe excuſat, iuberi dicit mulieres alios nominare.

Quæ.28 *An conſtitutio electoralis etiam extra territoriũ Saxonicum operetur?* Sed vtrum electoralis conſtitutio prohibens fœminas abſque curatore in iudicio ſtare ac contrahere etiam extra territorium Saxonicum vires ſuas exerat, ita, vt ſi, verbi cauſa, Mulier Lipſienſis cum ciue Lipſienſi in ducatu Brunſuicenſi aut alibi contrahens vel litigans, curatorem non adhiberet, contractus vel ſententia nullius eſſet momenti? non fruſtra diſquiritur.

Etenim, vt Bartolus tradit in *leg. cunctos populos Cod de Sacroſancta Trinitate nu. 32.* in ſolennitatibus locus inſpiciendus eſt, vbi res agitur. Veruntamen verior eſt ſententia & communiori ac frequentiori calculo approbata, quod etiam extra ditionem ac territorium ducum Saxoniæ præfata conſtitutio locum obtineat.

1. Quia aliâs conſtitutioni per facile fraus fieret, ſi alibi mulier contrahens aut litigans eam obſeruare non teneretur.

2. Quia lex quæ tendit ad ordinationem cauſarum ligat ſubditum etiam extra territorium contrahentem *leg ſi fundus 6. Digeſt. de euict. l. teſtium fides 3. §. fin. ff. de teſtibus.*

Qu. 29. *An iuratum mulieris cõtractus ſine curatore ſubſiſtat?* Vtrum porro defectum hunc curatoris iuramentum ſuppleat, vt ſi mulier contrahens iurauerit ſe contractum ſeruaturum, propter hoc iuramentum contractus ſubſiſtat nec ob defectum curatoris inualidus ſit quæſtionis itidem valde eſt controuerſæ?

Et ſane videtur prima fronte dicendum actum valere: quia quilibet poteſt iuri & beneficio ſuo renunciare *l. penult. Cod. de pact.* pro mulieribus autem hoc introductum videtur electorali conſtitutione, vt abſque curatore non poſſint ſtare in iudicio. Huic itaque renunciare poterint: & ſi renunciarint, quod in iudicio abſque curatore egerunt, ſubſiſtet, maxime ſi renunciatio fuerit iurata *arg. c. quamuis 2. de pact. in 6.*

Verum, hac ratione non obſtante, contraria opinio verior videtur. Cuius principale ac potiſſimum fundamentum in eo conſiſtit, quod nec pactis priuatorum iuratis, iuri publico quicquã derogari poſſit *l. 7. §. 14. l. 31 & 38. ff. de pact.* quodque iuramentum contra leges principumque conſtitutiones nullius ſit momenti, nullius efficaciæ *l. 5. Cod. de legibus. cap. ſi diligenti. 12. extra de foro competent.* Atqui tale iuramentum eſſet contra iura publica, contra electoralem inquam conſtitutionem. Huiuſmodi itaque iuramentum non valebit.

Nec obſtat quod aiunt, conſtitutionem prædictam electoralem concernere potiſſimum fauorem mulierum, ne videlicet facile capiantur & circumveniantur contrahentes aut litigantes ſine curatore, atque ita aliquod in ſua ſubſtantia detrimentum ſentiant. Huic proinde fauori iuramento renunciari poſſe.

Ad hoc enim reſpondeo, ſi quicquam hoc præſens argumentum concluderet, ex eo quoque ſequeretur, quod abſque iuramento poſſint contrahere & litigare ſine curatore; quoniam iuri fauorem noſtrum priuatamque vtilitatem concernenti, etiam ſine iuramento renunciare poſſumus *d. l. penult.* At hoc diſerte prohibet d. conſtitutio electoralis.

Deinde negat Daniel Mollerus, quod prædicta conſtitutio electoralis vnius atque alterius cuiuſpiam mulieris privatam duntaxat, ſed magis publicam omnium ſubditorum utilitatem reſpiciat *arg. d. c. ſi diligenti.*

Deniq; non ſemper quod in fauorem noſtrum introductum eſt, id pro lubitu omittere poſſumus: ſic enim in fauorem minorum potiſſimum introductum eſt, vt habeant tutores & curatores à quibus regantur. Et tamen inuitis etiam, maxi-

me ad litem tutores ac curatores dantur *l. 1. ff. de minor.* §. *inuiti. Inſtit. de curator.* ſic, vt ſi quid abſque tutoribus & curatoribus egerint, id ne quidem iuramento confirmatum ſubſiſtat. Non obſtante *authent. puberes. C ſi aduerſ. vendit.* quomodo enim conſtitutio iſta Friderici, vt & præcedens *l.* intelligi debeat, dixi in *tract. de interpretat. & authorit. iuris c. 1. q. 3.*

Confirmat inſuper & hanc ſententiam quod iuramentum non confirmet contractum doloſum *c. 2. de pact. in 6.* at mulier, non obſeruata ſolennitate, à ſtatuto requiſita, contrahens, dolo contraxiſſe præſumitur, vt docet Menoch. *libr. 5. præſumpt. 3. nu 8.* proinde talis contractus à fœmina contra conſtitutionem electoralem initus non poteſt iuramento confirmari.

Quæ. 30. *An actus mulieris ratificatione curatoris conſiſtat?*

Quod ſi curator pro muliere nō interuenerit in ipſo actu, ſed poſtea conſtitutus ratum habeat, quod geſtum eſt à muliere, quæritur vtrum negotium à muliere geſtum ſine curatore, valeat & confirmetur, ſubſequente ratihabitione?

Reſpondet Daniel Mollerus, cum curatoris actum geri nihil interſit, ſed conſenſus eius tantum requiratur ad legitimandam perſonam mulieris, quæ actum ipſum facere cupit; hoc eſt, ad ſupplendā illarum imbecillitatem, atque fragilitatē, vt ex verbis conſtitutionis manifeſtum eſt, eoque caſu conſenſus cenſeatur eſſe de forma & ſolennitate, vt volunt Doctores per *l. quid ergo. 13. in princ. Digeſt. de his qui not. infamia.* ideo in ipſo actu eum adhibendum eſſe, nec ſatis eſſe poſtea eum interuenire, indiuiduum enim eſt quicquid ad ſolennitatem exigitur, id eſt, ab actu diuidi & ſeparari non poteſt, vt pulchrè docet Baldus in *capit. 1. de alienat. feud. paterni.*

Accedit quod non *conſenſus* tantum vocabulo conſtitutio vtitur, ſed & *authoritatis*, *Was ſie ohne vorwiſſen vnd autoritet, &c.* Authoritas autem actum ſubſequi regulariter non poſſit, ſed ſtatim eam interponi neceſſe ſit.

Quin & vſus in territorio Saxonico ita obſeruat, vt vbi quid, ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium cum mulieribus agendum eſt, in quo curatore ipſis opus eſſe exiſtimatur, illum ſtatim præſentem eſſe oporteat nec conſenſus eius poſtea adhibendus expectetur.

Et quanquam aliâs non neceſſe ſit tutoris authoritatem in ipſo negotio interponi, ſed, profecto eo, ſufficiat illam accedere, vt alibi prolixe docui ex *l. Digeſt. de.....* Id tamen huc ad propoſitum noſtrum plane non pertinet: ſiquidem conſtitutio electoralis requirit diſertè, vt ſine conſenſu & authoritate *ohne vorwiſſen jhres* curatoris, *&c.* mulier nihil contrahat, nihil in iudicio agat, proinde vult conſtitutio conſenſum curatoris præcedere, negotium perfectum, idq́; innuit particula *vorwiſſen.*

Quæ. 31. *An mulier cū marito agēs vel cōtrahens cogātur curatorem adhibere?*

Quid vero ſi vxor cum marito contrahat, vel in iudicio agat, anne & tunc curatorem adhibere cogetur? Affirmat author noſter ſibique adſtipulatorem habet Danielem Mollerum in *d. conſtit. electoral. 15. num. 51.* cuius verba hæc ſunt: *Cæterum,* inquit, *ad nos quod attinet in his terris, cum conſuetudo optima ſit & legum & ſtatutorum interpres, conſtitutionem hanc ita vulgo intelligi conſtat, vt vxori cum marito contrahenti alio curatore, qui conſenſum & authoritatem ſuam interponat opus eſſe exiſtimetur: etſi enim ſæpe coniuges inter ſe contraxiſſe ſciam, id tamē abſq́; alio curatore vnquam factum non memini, & faciunt quidem imprudenter qui cum copiam curatoris habere quotidie poſſint, eo neglecto id quod ratum & firmum eſſe, quam maxime cupiunt ſua ipſorum culpa, ſi non prorſus nullum & inutile efficiunt, diſputationibus tamen & litibus, quarum euentus dubii eſſe ſolēt, exponunt.* Accedit huic & ea ratio, quod maritus vxori in propria cauſa author eſſe non poſſit *l. 5. pr. ff. de admin. tut.* Cauſa autem pro-

tem propria mariti dicitur, cuius vtilitas ad ipſum pertinet *l.1.§. in propria ff. quando appelland.* Weſenb. *conſil.11.*

Idem ſtatuendum putant, quando filia cum patre contrahit aut iudicio experitur: quantumuis enim propter ſingularem & amorem & affectionem, qua pater complectitur ac proſequitur filiam, præſumatur bona fide & candide cum filia acturus *l. quidam cum filiumfam. 46. ff. de hered. inſtit. l. Aurelius 28. §. Titius teſtamento verſ. præſumptio enim. ff. de liberat. leg. l. 36. ff. de curator. furioſ. l. 22. §. fin. ff. ad L. Iul. de Adult.* quia tamen metus reuerentialis in filia erga patrem, libertatem conſenſus in contractu impedire poſſet, & qui omnibus ita præponderet & tanti momenti ſit, vt etiam per præſentiam amicorum & cõſanguineorum non tollatur, ac conſenſum alias præſumptum ex patientia & taciturnitate ſemper impediat, ideo ad euitandas diſputationes, & quo conſenſus filiæ, cum patre contrahentis ſit liberior atque confidentius ius ſuum aduerſus patrem in iudicio proſequi poſſit, neue inopia conſilii circumuenta lædatur, tutius putat Mollerus eſſe, ſi mulier cum patre contrahere aut litigare volens, id faciat vel autoritate & conſenſu mariti, vel alterius curatoris.

Et licet in patre dolus non præſumatur, præcaueri tamen debet, quandoquidem & filias à parentibus quandoquidem deceptas eſſe, iura noſtra teſtantur, textus eſt *in l. ſi ſuperſtite. C. de dolo.*

Qu. 32. An pactũ cum aduerſario fœmina ſine curatore facere poſſit?

De illo non ſine ratione dubitatum eſt, anne fœmina pactum de non petendo vel quiectationem, vt loquuntur, facere poſſit ſine curatore? videtur enim dicendum prima fronte, quod poſſit pactum de non petendo ſine curatore facere eoque debitorem ſuum liberare: quoniam verba conſtitutionis expreſſe concepta ſunt de illis mulierum actibus, quibus ſeſe aliis obligant, *darinnen ſie ſich gegen einander verpflichten.* Atqui liberando debitorem ſuum mulier non obligatur; proinde hoc caſu non opus videtur habere conſenſum curatoris.

Veruntamen contraria ſententia verior videtur, quia, etſi conſtitutionis verba de muliere debitorem liberante, non ſint concepta, ſed de muliere contrahente & ſe obligante: quia tamen ratio conſtitutionis æque obtinet in muliere, pactum de non petendo faciente, ideo eo & conſtitutio eo extendenda erit: cum vt alibi docui, lex ſtricte loquens ex generalitate rationis extenſionem admittat. Ratio autem conſtitutionis, mulierem ſine curatore contrahere aut litigare prohibentis, hæc fuit, ne inopia conſilii circumuenta lædatur; quæ ratio magis obtinet in liberatione, quam in obligatione *arg. l. cum fundus ... ſeruum tuum. ff. de reb. credit.*

Nec obſtat ratio in contrarium ſupra adducta: recte enim Mollerus reſpondet; Mulierem, debitorem liberantem, etſi non ciuiliter, naturaliter tamen obligari de non amplius petendo; vnde etiam ex pacto huiuſmodi debitori aduerſus creditorem contra pactum petentem competit exceptio pacti conuenti, quæ naturalem, ad minimum, obligationem præſupponit.

Nec obſtat huic reſponſioni *l. 7. §. 2. ff. de pact.* vbi Iuriſconſultus Vlpianus ſcribit ex pacto non naſci obligationem, ſed exceptionem: nam ſine dubio de obligatione ciuili intelligendus eſt Vlpianus, vt quę ſola ſit proprie obligatio, & de qua in proxime præcedentibus diſſeruerat ICtus.

Conſtat itaq, ex hactenus dictis, quod mulier abſque conſenſu curatoris, nec cum alio efficaciter contrahere, nec in iudicio litigare queat.

Qu. 33. An quod mulier ſine curatore egit, ſit ipſo iure nullum?

Hinc vero quæſtio ſuboritur nõ exigui momenti, vtrumne id, quod mulier ſine curatore geſſit, ipſo iure ſit nullum, anne vero ſubſiſtat, ſic, vt poſtea remedio aliquo iuris reſcindi debeat? plurimũ enim inter hæc intereſſe alibi prolixe docui.

Digitized by Google

Ego vero cum Daniele Mollero ſic omnino ſtatuendum cenſeo: actum huiuſmodi, ſine curatore geſtum, nullius eſſe momenti, ita vt nulla penitus indigeat reſciſſione.

Primo enim ita iure communi cautum eſt, vt quod contra leges, & principum conſtitutiones factum eſt, hoc nullius momenti, & ipſo iure nullum ac irritum cenſeatur, quare apertiſſimus textus extat *in l.5. C.de legib.* Atqui contractum ſine curatore à muliere initum, eſſe contra Electoralem conſtitutionem, plusquam manifeſtũ eſt: proinde ab initio ſtatim nullius erit momẽti atq; ꝓ infecto habebitur.

Accedit ad hanc rationem & iſta, quod ipſa quoque Electoralis conſtitutio eiuſmodi vtatur verbis, quibus perſpicue declaratur quod abſque curatoribus nihil firmiter agere mulieres poſſint, ſed omnia irrita, inualida & ipſis innocua eſſe debeant, quæcunque ſine curatoris authoritate geſſerint, verba hæc ſunt, *nichts beſtendiges, vnſchedlich, vnnachteilig, vnkrefftig, vnverbindlich.*

Denique quodcunque eſt de forma contractus atque negocii, eius omiſſio facit actum ipſo iure nullum, atqui de forma contractus à muliere initi, ex prædicta Electorali conſtitutione eſt adhibitio curatoris aut mariti. Huius itaque omiſſio facit cõtractum ipſo iure nullum, vt proinde hanc exceptionem, licet à mulierib. non apponatur, ex officio tamen eam iudex ſupplere, abſque reſtitutione, & agentem repellere poſſit.

Qu. 34. *Vtrum id quod mulier ex contractu ſine curatore inito, ſoluerit, condici poſſit?*

Quod ſi quid tamen mulier ex huiuſmodi contractu, ſine curatore initi, iuris ignorantia ducta, ſoluerit, quæritur anne huius repetitionem habeat per conditionem indebiti?

Negatiua amplectenda videtur, propterea quod iuris ignorantia obſtet condictioni *l.10 C.de iuris & facti ignor.* qua de re plene tractabitur infra ſuo loco.

Verum, ratione hac non obſtante, recte pro affirmatiua ſententia concludit Autor noſter. Non ſolũ propterea quod in muliere regula *d.l.10.* locum non habeat. *arg.l.quamuis.8.§.interdum.ff.ad Velleianũ.* Vbi mulier contra ſenatusconſultum, obligata, ſiue ſoluerit, ſiue debitorem ſuum delegauerit, repetit. Et quia iure conſtitutum eſt, mulieri alias quoque iuris ciuilis ignorantiam nocere non oportere *l.Regula. 9.ff de iuris & facti ignor.* Sed etiam propterea quod obligationes a muliere contractas, abſque curatorib. non vult conſtitutio quicquam nocere mulieri: atqui ſi in propoſito mulier non haberet condictionem indebiti, vtique obligatio, ſine curatore contracta, ipſi noceret. Proinde vt indemnis ſeruetur, dicen um eſt ipſam repetere poſſe, quod ſoluit ex contractu ſine tutore inito.

Qu. 35. *An conſtitutio Electoralis locum habeat in muliere exercente mercaturam?*

Excipitur autem mulier Mercaturam exercens, quæ in emendis & vendendis mercibus, quas in tabernis proſtantes habet, vel aliis, etiam ſine curatore firmiter contrahere ſeque obligare conſtitutio Electoralis permittit.

Qu. 36. *An valeat actus ſine curatore à muliere geſtus, ſi cedat in euidentem mulieris vtilitatem?*

Quin & tunc ceſſare volunt conſtitutioně, quando mulier ſine curatore quippiam egit cum euidenti ſua vtilitate, quod reſcindi aut nullum pronunciari detrimentoſum foret mulieri.

Quandoquidem id quod in mulierũ fauorem & commodũ introductum eſt, non debet in ipſorum odium & damnum conuerti ac detorqueri *l 6.C de ll.l.25.ff.eod.* Atqui in fauorem mulierum inductũ eſt, ne quid iudicialiter, vel extraiudicialiter agere, aut contrahere abſq; curatore poſſint. Itaq; hoc in ipſorum odium non eſt detorquendum: detorqueretur aũt maniſeſtiſſime in odium mulieris prædicta cõſtitutio Electoralis, ſi id, quod bene & vtiliter mulieres geſſerunt, reſcinderetur.

Nec aduerſatur generalitas cõſtitutionis: nam benignius leges ſunt interpretandæ, quo mens illarum conſeruetur. *l. benignius.ff.de ll.* proinde verba conſtitutionis

Digitized by Google

nis generalia ex ratione eius (vnde mens legis & legumlatoris colligitur) reſtringi debent: ratio enim conſtitutionis, vt ſæpe hactenus dictum, hęc eſt, ne mulieres detrimentum aliquod ſentiant, neue inopia conſilii circumuentæ lædantur, quam in propoſito ceſſare, palam eſt. Atque huc optime accommodatur illud, quod Imperator ſcribit *in l.14.C. de procurator. minorib. 25. annis ætatem in damnu ſubuenire, non in rebus proſpere geſtis obeſſe conſueuiſſe.*

Hinc licet pupillus ſine tutoris authoritate non poſſit cōtrahere, hereditatem adire, bonorum poſſeſſionem ſuſcipere, vel quid aliud agere, ex quo in bonis ſuis lædi poſſit: ſi tamen quid geſſerit, exindeque commodum ſenſerit, non retractatur, quod bene eſt geſtum *tot. tit. de auctor. tut.*

Et quanquam Gregor. Lopezius hanc ſententiam hactenus tantum admittat, quatenus pars altera, cum qua mulier cōtrahit, aut in iudicio ſine curatore litigat, conſentit vel expreſſe, vel tacite, dum non contradicit. Verius tamen videtur, etiam contradicente aduerſario eam locum habere, idque ex hac ratione, quia quod conſtitutio Electoralis imbecillitati mulierum conſuli cupiens, id quod ab ipſis ſiue in iudicio, ſiue extra iudicium abſque conſenſu & authoritate curatorum actū eſt, eatenus inualidum eſſe iubet, vt ipſis obeſſe non debeat, *ſoll jhnen vnſchädtlich vnd nachteilig ſein*, ex hoc enim ſequi videtur, ſi manifeſtum ſit in vtilitatem mulieris cedere quod actum eſt, valere, etiamſi conſenſus & authoritas curatoris non interuenerit. Quam ſentētiam probat Molleru, Mynſing. *obſeruat. 34. cent. 2.* ſecutus.

Qu. 37. *An locum habeat conſtit. Electoral. in contractu nuptiarum & dotis conſtitutione?*

Denique nec in conſtitutione dotis, nec in nuptiis contrahendis opus eſſe huiuſmodi curatore mulieri, teſtatur Mollerus & eum ſecutus Autor noſter.

Equidem cum dotis datione & contractu matrimonii mulier æque inopia conſilii circumuenta lædi poſſit; adeoque in iſtis quoque actibus locum ſibi vindicet ratio conſtitutionis, videtur omnino ſtatuendum in nuptiis contrahendis ac dote conſtituenda non minus curatore mulieri eſſe opus, atque in cęteris actibus & contractibus.

Veruntamen, hac ratione non attenta, adhuc priorem ſententiam autoris noſtri veriorem iudico. Cum enim nuptiæ contrahantur, & dotalia pacta, quibus dotes conſtitui ſolent, conficiantur præſentibus parentibus, vel propinquis, vel tutoribus contrahentium, ideo authoritate curatoris, quem in aliis actibus & contractibus mulierum conſtitutio deſiderat, in contractu nuptiarum & conſtitutione dotis opus non erit, adeoque ratio conſtitutionis hic quoque deficit.

Lit. B. Qu. 38. *An milites poſſint eſſe procuratores?*

Inſuper procurationem ſuſcipere prohibetur MILES, ita Paulus *in l. 54. ff. de procurat.* Et Vlpianus *in l 8. §. Veterani. 2. ff. cod. tit. Veterani*, inquit, *procuratores fieri poſſunt: milites vero nec ſi velit aduerſarius procuratores dare poſſunt.*

Ratio autem, ob quam prohibetur miles eſſe procurator, non pendet ex vtilitate illius, qui poteſt obiicere exceptionem procuratoriam, ſed ex utilitate publica, quod armis & non priuatis negociis occupati debeant eſſe milites, vt numeris ſuis & ſignis iugiter inhærentes, Remp. à qua aluntur, ab omni bellorum neceſſitate defendant *l 31. C. de locato.* Hinc etiam, ne quidem aduerſario volente admittitur miles procurator, quoniam in aduerſarii poteſtate eſſe nō debet ab eo iure recedere, quod propter publicam vtilitatē receptum eſt *l. Ius publicum. ff. de pact l. vlt. ff. de ſuis & legitimis.* Giphanius & Anton. Fab. *add. 8. §. 2. ff. de procur.* Et hoc vſque adeo verū eſt, vt miles nec pro proximis cognatis ſanguineque iunctis procurator in iudicio exiſtere poſſit: ita Alexander Imper. *Milites nec pro patre, vel matre,*

vel

vel etiam vxore, nec ex ſacro reſcripto procuratorio nomine experiri oportet: cum neque defenſionem alienam ſuſcipere, vel redimere negotia, vel quaſi ſuffragatorem accedere vtilitate publica permittatur. l.7.C.de procur.

Nec obſtat huic, quod cæteræ perſonæ, quæ pro aliis procuratorio nomine experiri coguntur, pro parentibus poſſint agere *l.fœminas.41.ff.de procurator.*

Reſpond. Nam reliquæ perſonæ procuratorio munere fungi prohibentur ex ratione aliqua priuata, vtilitatem publicá directo non concernente: at milites ab officio procuratoris, ob vtilitatem publicam remouentur, vt diſerte Alexander ſcribit *in d.l.7.* quæ priuato commodo vtique præferenda eſt: Et ſane diſciplina Caſtrorum ſiue patria & reſpublica parẽtibus & liberis antiquior eſt illisq; anteponenda *l. poſtliminium 19.§.Transfuga in fine.ff.de captiv. & poſtlim. reuerſis*: eſt ſiquidem patria, dicente Cicerone *lib. 3. de Republ.* antiquior parens. Giphanius *in d. l. 7.*

Excipiuntur duo caſus, quibus miles poteſt eſſe procurator. 1. Cum eſt procurator in rem ſuam datus: quoniam hoc caſu non tam rem alienam, quam propriam perſequitur: at militi lites proprias adminiſtrare permittitur *l. Qui ſtipendia. 9. C. de procuratorib.* vbi Alexander: *qui ſtipendia merentur, ſuis negociis ſupereſſe inoffenſa diſciplina, poſſunt, nec poteſt dici, eum qui honeſta & verecunda præcedente cauſa mandatas ſibi actiones exercuerit, alieno noſtro fungi: cum licet contentio ex perſona alterius bona fide ſumatur, hunc tamen rem ſuam gerere non ambigatur quod interdici militibus meis, non modo abſurdum, verum etiam iniquum eſt.* 2. Excipitur cauſa numeri, ſiue cohortis aut legionis, in qua militat. Huius enim cauſam communem, & non commilitonis vnius perſequi aut ſuſcipere poteſt. *d.l.8.§. Veterani.* Nec refragatur huic quicquam, quod vt dictum eſt, militi non permittatur pro patre, vel pro matre, vel etiam pro vxore ſuſcipere procurationem, ne quidem ex ſacro reſcripto; vnde dicendum videtur, multo minus ei permitti pro commilitonibus ſuis procuratorio nomine experiri: cum perſonæ parentum & vxoris ſunt ei coniunctiores, quam commilitonum.

Reſpond. Sciendum quippe eſt, non poſſe militem eſſe procuratorem vnius pluriumue ex ſuis commilitonibus; ſed vniuerſi numeri, in quo militat, procuratorem exiſtere poſſe, quoniam hæc res non eſt aliena à militiæ dignitate, cum ad eiuſdem militiæ commodum & vtilitatem referatur: ne alioquin quod in fauorem & honorem militiæ conſtitutum eſt, in eius odium & incommodum retorqueatur, contra *l.6.C.de legibus l. 25. Digeſt. eod. l. penult. C. ad SC. Trebell.* Antonius Faber.

Etſi porro miles, vt dictum eſt, alienæ litis procurator exiſtere nequeat, ſi tamen nec ab aduerſario, nec à iudice repulſus, litem conteſtatus fuerit, valebit iudicium & erit procurator *d.l.8.§. Veterani.* Cuius rationem ibi Giphanius hanc adducit, ne iudicia reddantur eluſoria: & Antonius Faber hoc receptum dicit propter authoritaté & formam iudicii, quæ illa eſt, vt & qui litem conteſtatur, hoc ipſo quaſi contrahere videatur *l.3 §. idem ſcribit. Digeſt. de peculio*, preſertim cum procuratore, quem patitur fieri dominum litis per conteſtationem *l. 22. cum ſeqq. Codic. de procurator.* Accedit quod exceptiones dilatorię, qualis & hæc procuratoria eſt *§. fin. I. de except.* opponi debeant ante litem conteſtatam, aut ſaltem ipſo tẽpore litis conteſtatæ *l. exceptionem 19. Codic. de probat. l. pen. Codic. de except.* Quocirca, etſi in poteſtate aduerſarii non ſit vt miles ſit procurator, tamen in poteſtate eius eſt, non vti exceptione procuratoria *l. ita demum C. de procuratorib.*

Sed vtrum id, quod hactenus dictum, etiam

Digitized by Google

etiam in noſtri tẽporis milites obtineat, diſceptari video à noſtris interpretibus, aliis hoc affirmantibus, aliis negantibus, mihi affirmantium ſententiæ ſubſcribẽdum videtur, propterea quia eadem plane ratio, ob quam milites à procuratione remoueri ſupra dicebatur, in illis quoque obtinet.

Non obſtante eo, quod ordo & ſolennitates antiquę milites aſſumendi, propè omnes in deſuetudinem abierint. Reſp. Vt enim ex modo dictis relucet, cõmittitur fallacia cauſæ.

Veteranos procuratores exiſtere poſſe, aſſerit Vlpianus *in dict. leg. 8. §. Veterani.* Ratio autem diuerſitatis inter milites & veteranos perſpicua eſt: illi enim idcirco procuratoris officio fungi prohibentur, ne propter priuata negocia, aut litis aliorum euocentur à militia & Reipublicæ defenſionem negligãt: veterani vero, quia militia iam tum ſunt defuncti, non ſeruiunt amplius Reipubl. vt proinde cum ratio prohibitionis in illis ceſſet, merito etiam ipſa prohibitio deficiat.

Lit. C. Qu. 39. *An potentiores poſſint eſſe procuratores?*

Tertio ex eorum numero qui à procurationis munere remouentur ſunt POTENTIORES *tot. tit. Cod. Ne liceat potentior.* dicuntur autem *potentiores*, cum illi qui in officio publico quo alicui metum & terrorem incutere poſſunt, cõſtituti ſunt: tum etiam qui vel vi, vel gratia, vel opibus pollent, illiſque tenuiores aduerſarios opprimere poſſint. Id ne fiat occaſione ꝓcurationis, cauetur conſtitutionibus Imperatoris, ne liceat potentiores procuratores dare, eoſque obiicere aduerſario, neue potentioribus liceat id patrocinium litigantibus præſtare.

Cæterum hoc fallit, ſi aduerſarius, aduerſus quem datur procurator, æque ſit potens: quandoquidem hîc ratio prohibitionis manifeſte deficit: ſiquidem potens procurator conſtituitur non terroris iniiciendi cauſa, ſed magis metus excludendi & repellendi gratia *leg. 67. §. 1. in verb. quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amouet. ff. de Rit. Nupt.* Sichardus & Iaſon. *in leg. 1. Cod. Ne potent.* Harpr. *ad §. 1. Inſtitution. per quos agere, num. 150.*

Lit. D. Qu. 40. *An redemptores alienarum litiũ admittãtur procuratores?*

Quarto à procuratione remouentur quoque redemptores alienarum litium. Illi dicuntur, qui vel totam litem paruo precio redimunt, vel partem victoriæ ſibi paciſcuntur *l. 20 & 22. cum ſeqq. C. mand. l. ſumptus ff. de pact. l. 7. ff. mandati.*

Hi vero his de cauſis non poſſunt eſſe procuratores. 1. Quia per eos multiplicarentur lites, quas minui intereſt Reipubl. 2. Quia per eos interdum innocentes & iuſtam quoque cauſam habentes opprimerentur, aut vexarentur calliditate, potentia, aut impudentia redimẽtium. Giphanius in *d. l. 15.*

Valet tamen redemptio litis alterius, ſi redemptor non plus cõſequitur quam dederit. *l. 22. C. mandati.* Quin etiam quibuſdam caſibꝰ ſic valet redemptio & ceſſio actionis in ſolidum. *d. l. penult.*

Primus caſus eſt inter coheredes & collegatarios, inter quos diuiſionis cauſa interdum neceſſaria eſt ceſſio actionum: quod ſi enim ſinguli heredes volunt partes ſuas ſeparatim perſequi, & iudicio agere, hæc perſecutio multa & magna habet incommoda; proinde, neceſſitate rei familiaris ſuadente, coguntur omnes vni actiones cedere. Ratio igitur ob quam hîc redemptio alienę litis valet, hæc eſt, quia ceſſio non fit vexationis, ſed diuiſionis & neceſſitatis cauſa, quæ diuiſio ſæpè aliter expediri non poteſt, quam ſi vni nomen vel actio pro ſolido adiudicetur vel cedatur.

Secundus caſus cum creditor ceſſionem accipit pro debito in ſolutum. Ratio autem eſt quod & hæc ceſſio habet neceſſariam cauſam: nam debitor cogitur aut id, quod debet, aut aliud pro alio

Nnnn

alio ſoluere, volente creditore. Cum ergo non habuit pecuniam, quam ſolueret, neceſſum habuit actionem cedere, quam & neceſſe habuit creditor accipere: quare cum & hæc ceſſio non fiat vexationis, ſed ſolutionis cauſa, ideo iure probatur.

Tertius caſus eſt, cum is, qui res alienas poſſidet, pro tuitione & poſſeſſione rerum poſſeſſarum, ceſſionem actionũ ab aliquo accipit: valet enim hæc ceſſio quantocunque precio eam redemerit, quia pro tuitione rei à ſe poſſeſſæ ceſſionem accipit, hoc eſt, neceſſariam, vt rem à ſe poſſeſſam tueretur. Adeoque & hæc redemptio ac ceſſio litis non fit aliorum vexandorum, ſed ſui iuris ac poſſeſſionis defendendæ cauſa.

Quartus & poſtremus caſus eſt, ſi heres legatariis aut fideicommiſſariis cedat actiones ſuas, cum illis fuerint res aut actiones relictæ teſtamẽto. Ratio eſt quia & hæc ceſſio non fit vindictæ aut vexandi cauſa, ſed ex neceſſitate propter legatum aut fideicommiſſum.

His quatuor caſibus exceptis regula manet firma quod alienæ litis redemptio non valeat. Donellus & Giphanius ad *l. 22. C. mandati.*

Lit. E. Qu. 41. An infames poſſint eſſe procuratores?

DE INFAMIBVS quæſtio eſt, vtrum ad procurationem iudicialem admittantur? Equidem iure Canonico infames à procuratorio munere arcentur longiſſime: ſic in *Canon. infames. 3. quæſt. 7.* infames non poſſunt eſſe procuratores vel patroni cauſarum. Iure vero ciuili Iuſtinianeo infames non amplius à iudiciali procuratione repelli, ſatis arguit §. *final. Inſtitution. de except.* quo in loco ita Iuſtinianus ſcribit: *Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris opponebantur; cum in iudicijs frequentari nullo modo proſpeximus, conquieſcere ſancimus, ne dum de ijs altercatur ipſius negocij diſceptatio proteletur.* Cum itaque exceptio infamię procuratori amplius opponi non poſſit, ſequitur inde, quod infames procuratores in iudicio eſſe poſſint.

Nec huic reſiſtit quod infamis poſtulare in iudicio non poſſit *l. 1. §. 10. ff. de poſtulando.*

Reſpondetur enim vulgo infames nõ poſſe poſtulare, ſed tamen procuratoris officio fungi poſſe: idque ideo quia procuratoris officium vile ſit: aduocati vero honeſtum & quædam dignitas *leg. ſi quis procurat. Digeſt. de decurionibus. l. 7. ff. de poſtulando.*

Non reſiſtit quoque quod infames ab omnibus honoribus & dignitatib. arceantur *l. 2. C. de dignitatibus. l. 1. C. de infam.* Nam procuratoris officiũ non eſt dignitas, ſed onus, & à plerisque pro vili contemptibilique functione habetur *dict. l. ſi quis.* Weſenbec. *in paratit. C. de infamibus.*

Sane ius Canonicum in omnibus bene conſtitutis iudiciis receptum eſſe, atque infames indiſtincte prohibitione hodie à iudiciis arceri, ipſemet Autor noſter teſtatur, eidemq; adſtipulatur Andr. Gail. *1. obſeruat. 43. numer. 6. & ſeq.* vbi in Camera quoque infames à procuratione arceri, nec quẽquam admitti ſcribit, qui non ſit vel Doctor, vel Licentiatus.

Mihi, hæc accuratius conſideranti, non diſplicet Antonij Fabri opinio, qui nec Canonico nec ciuili iure infamem admitti contendit in *Ration. ad l. 7. ff. de recept. qui arbitr.* Etenim iure ciuili olim infamem procuratorem non fuiſſe in iudicio receptũ, ſeu admiſſum, teſtatur Paulus *lib. 1. ſentent. 2.* Ab hoc vero iure nuſpiã legitur eſſe receſsũ, non ſane in §. *fin. Inſt. de except.* qui non hoc vult quod ſi non conſtet, eum, qui procurator conſtitutus eſt, nõ poſſe exceptione infamiæ repelli, ſi de ipſius infamia certo non cõſtet, ne, dum de huiuſmodi exceptionibus altercatur ipſius negocij diſceptatio proteletur:

tur: quod ſi vero de alicuius infamia clare ac liquido conſtet, ita, vt de eo diſceptari non oporteat, nec dubitari amplius poſſit, ipſum à limine iudicij arcendum.

Atque hac ratione fortaſſis commode ius ciuile cum canonico cõciliari poteſt. Et ſane quod aiunt, officium procuratoris iudicialis eſſe vile atq; cõtemptibile, id concedendum minime videtur, ſed dicẽdum potius, quod ſit honorabile officium, non exigua cum dignitate coniunctum, vt mox pluribus demonſtrabitur.

Lit. G. Qu. 42. An in dignitate conſtitutus poſſit, ſaluâ ſuâ dignitate, eſſe procurator iudicialis?

Supereſt vt videamus anne in dignitate conſtituti ad procuratoris officium admittantur?

Affirmant plerique omnes, adeo vt dignitate non modo priuari, ſed infamia quoque notari eos ſtatuant, qui in dignitate conſtituti procuratoris officium ſuſceperint.

Vt autem ſic ſtatuant, ſequentibus hiſce mouentur rationibus.

1. In *l. ſi quis procurationẽ. C. de decurion.* Imperatores in hæc verba reſcribunt: *Si quis procurationem facultatum ſuarũ curiali crediderit eſſe mandandam, totius dignitatis exceptione depulſa grauiſſima pœna plectetur, ille vero qui immemor libertatis & generis infamiſſimam ſuſcipiens vilitatem exiſtimationem ſuam ſeruili obſecundatione damnauerit, tradatur exilio.* Ecce hic non ſolum decurio, procurationem ſuſcipiens, priuatur dignitate ſua, ſed etiam clare aſſeritur, quod procuratio ſit infamiſſima vilitas, itemque ſeruilis obſecundatio & hominibus liberis plane indigna.

2. Accedit quod neque magiſtratus, veluti conſul, præfectus, prætor, neq; qui magiſtratum initurus eſt, procurator aut defenſor alicuius eſſe poſſit *l. pars literarũ 28 ff. de iudic. l. 54. ff de procurat.* Atqui non repellerentur hi ab officio procuratoris, ſi non eſſet vile, contemptibile & inhoneſtum officium.

3. Pari modo à procuratoris munere expreſſe remouẽtur curiales, ſic vt ſi procurator extiterit alienarum rerum, id q; geſſerit nullius ſit momenti. *Curiales*, inquiunt Imperatores, *neque procurator neque conductor alienarum rerum, nec fideiuſſor aut mandator cõductoris exiſtat; alioquin nullam obligationem, neq; locatori neq; cõductori ex huiuſmodi contractu competere ſancimus l. 30. C. de locato*: At nulla alia ratio eſt, ob quã curialis remoueatur à procuratione, niſi quia officiũ procurationis ſit vile & inhoneſtum ipſoq; ordine curialium indignum.

4. Inſuper ad quod officium admittuntur infames, illud vile, inhoneſtum & famoſum eſſe oportet, atq; tale, quo ſuſcepto dignitas perdatur ac nobilitas: atqui ad procurationem iudicialem admitti infames conſtare videtur ex *§. fin. Inſt. de except.* proinde vile erit & infame officiũ, quod nobili & in dignitate aliqua conſtituto ſuſcipere fas non ſit, ſed ſuſceptum omnem extinguat dignitatem ac nobilitatem.

Hanc tamen ſententiam limitant primo, vt non procedat in procuratore curiæ Regis, vel Principis, aut eorum qui principali dignitate ac maieſtate pollent. Atque ita in Senatu Sabaudiæ deciſum fuiſſe refert Antonius Faber, vt qui apud Senatum aliamue ſupremã curiam procuratoris ad lites officium exercuerit, priſtinam nihilominus nobilitatem retineat: non item qui apud inferiores iudices, tametſi iuriſdictionem principis tractantes. Atque hoc propterea, quia miniſtri & officiales principis eorũque, qui principis dignitatem & maieſtatem præ ſe ferunt, in dignitate conſtituti intelliguntur: adeo vt cocus etiam principis dignitatem habere cenſeatur, vt ſcribit Tiraquellus. Hinc etiam Andreas Gailius *1. obſeruation. 43.* in Camera ait officium procurationis non eſſe vile, ſed honorabile, quia ſic Cõſiſtorium ſummi Principis ſtatuumq; Imperij, ac proinde

nullos in ea recipi procuratores, qui non dignitate aliqua polleant, & gradum habeant Doctoris vel licentiati, id quod & hoc confirmatur argumento, quod quicquid ſuſtinetur Imperatoria iubente maieſtate, hoc dignitas efficiatur, *leg. quint. in fine Cod. de dignitat.* proinde ea procuratio, quam Imperatoria conceſſione quis ſuſtinet, dignitas eſt.

Cæterum contraria ſententia, quod videlicet ob procurationem ſuſceptam dignitas non extinguatur, nec qui eam ſuſcepit infamis reddatur, æquior, humanior & verior videtur, eamque amplectuntur Tiraquellus in *tractat. de Nobilit. cap. 30. per tot.* Antonius Faber in *Cod. Fabiano lib. 9. tit. 28. definit. 5.* vbi contrariam ſententiam errore quodam receptum eſſe dicit. Harpr. in *comm. ad tit. Inſtitution. per quos agere. §. 1. numer. 156. & ſequent.* quibus & ego lubens ſubſcribo.

Fundamenta autem huius opinionis hæc ſunt.

1. Procuratio iudicialis eſt officium publicum *leg. 2. Digeſt. de Reg. Iur.* & tale quidem officium publicum, cuius vſus Reipublic. perquam neceſſarius eſt *l. 1. §. final. ff. de procurat.* Hoc igitur vile, abiectum, inhoneſtum & infame dici nullo modo poteſt.

2. Et ſane ſi tale eſſet officium, iudicialis procuratio, quod infamem redderet illum, qui id ſuſceperit, nemo facile id ſuſcepturus eſſet, atque ſic negligeretur, cum tamen Reipublicæ admodum ſit neceſſarium ipſo teſte ICto in *d. l. 1. §. fin. ff. de procurat.*

3. Quicquid iure non ſolum probatur, ſed etiam tanquam vtile ac neceſſarium Reipublicæ commendatur, id ſane infamia notari dici non poteſt: cum infamia ſit pœna delicti. *l. 1. & tot. tit. ff. de his qui not. infamia.* quin etiam nemo priuatur dignitate ac nobilitate, niſi qui deliquerit, & facinus aliquod grauiſſimũ deſignarit: cum priuatio dignitatis ac nobilitatis ſit vtique pœna grauiſſima; at quid delinquit is, qui litem alienam procurat? nihil ſane, cum faciat rem licitam iureque permiſſam.

4. His adde quod nuſpiam in toto iure noſtro ſcriptum ſit ac definitum, quod propterea nobilitatis priuilegia amittantur, quia procuratio alienæ litis fuerit ſuſcepta. Hoc itaque aſſerendum non eſt; erubeſcendum ſiquidem ſine lege loqui.

5. Nemini præterea officium humanitatis debet eſſe damnoſum *l. 7 ff. teſtam. quemad. aperiant. l. 61. §. 5. Digeſt. de furt. l. 140. de Reg. Iur.* Atqui procurator ei, cuius cauſam agit, amicitiæ ac humanitatis officium præſtare dicitur, vt quod gratis præſtet, nulla mercede interueniente *l. 1. §. fin. ff. mandati.*

6. Eadem hæc ſententia confirmatur quoque *l. 1. C. Ne liceat potentiorib.* Cum enim illic aſſeratur quod potentiores, ſi procuratoris ad litem prouinciam ſuſcipiant, extra ordinem puniãtur, nec addatur eos quoque dignitate ſua mulctari; veriſimile non eſt, quod propter hanc cauſam dignitate & nobilitate ſua exui ac priuari debeant.

Neque huic ſentẽtiæ noſtrę reſiſtunt, quæ ſupra pro contraria opinione adducta fuerunt.

Quod enim ad primum, reſpondent Antonius Faber, Tiraquellus, Harpreɛt. & alij qui hos ſequuntur, adductam *l. ſi quis. C. de decurionib.* loqui non de procuratore iudiciali, ſed de procuratore negociorum extraiudiciali. Quæ reſponſio in ipſis legis verbis manifeſtiſſime fundatur, vt quæ de procuratione facultatum diſerte ſint cõcepta: hæc ꝓcuratio ſpeciẽ habet ſeruitutis, ac ꝓinde decuriones aliosq; in dignitate conſtitutos non decet.

Notandum præterea quod in adducta lege non aſſeratur, quod infamia notentur decuriones, procurationem iudicia-

lem

lem ſuſcipientes, ſed quod in exilium mittantur: non quod per ſe delictum & inhoneſtum ſit procurationem iudicialem vel extraiudicialem ſuſcipere, ſed quia à munere curiali non ſunt auocandi per procurationem alienarum litium; vnde & is, qui procurationem mandat curiali pœna plectitur. Quod autem in *d. l. ſi quis* procuratio dicitur *famoſiſſima vilitas*, id non ita accipiendum eſt, quaſi per ſe infamis ſit procuratio alienarum facultatum; ſed intelligendum eſt comparatiue, ita vt ſit vile munus procuratio, comparatione eius cum dignitate decurionatus inſtituta, quæ haut exigua eſt, vt colligitur ex *l. 6. princ. ff. de decurionib.*

Sic nec ſecundum refragatur quicquam: committitur enim in eo fallacia cauſæ: quia quod illi, qui magiſtratum gerunt, procuratores eſſe non poſſunt, non eſt hæc ratio, quod officium procurationis ſit vile, ſed ea potius quod eiuſmodi homines non poſſunt in ius vocari *l. 2. ff. de in ius vocando.* Quin & ideo procuratores exiſtere nequeunt, quia Magiſtratus maioris tantæ ſunt occupationes vt iudicijs priuatis, tanquam procuratores, intereſſe non poſſunt.

Ad tertium idem reſpondetur, quod ad primum, nempe idcirco curialem non poſſe procuratoris officio fungi, ne in officio publico, quod ſuſtinet, impediatur. Deinde textum loqui non de procuratore iudiciali, ſed de extraiudiciali.

Ad poſtremum expedita quoque & facilis eſt reſponſio: non enim ſequitur, ad hunc actum infames admittuntur: ergo eſt infamis actus, nec fieri poteſt ab ijs, qui in dignitate conſtituti ſunt: ad matrimonium enim ineundum admittuntur etiam infames, & tamen eo non interdicitur nobilibus & dignitate aliqua pollentibus, ſic arbiter poteſt eſſe etiam infamis *l. 7. princ. ff. de recept. qui arbitr.* inde tamen non ſequitur, quod officium arbitri ſit vile & infame, nec ad id honoratæ admittantur perſonæ. Vt taceam quod officium procurationis, præſertim iudicialis, non ſit infame ſed honoratum vt ſupra oſtenſum fuit.

RESOLVTIO THESIS Septimæ.

PRocurator iudicialis ſolo conſtituitur conſenſu ipſius & domini, litem ſuam ei demandantis: ſiquidem vt hactenus ſæpe dictum eſt, conſtituitur procurator mandatu domini *L. 1. prin. ff. de procur.* contractus vero mandati ſolo & nudo perficitur conſenſu *tot. tit. Inſtit. de obligat. quæ ex conſenſu.* Vnde abſens quoque procuratorem conſtituere valet, quia quæ conuentiones ſolo perficiuntur conſenſu, præſentiam contrahentium non deſiderant, ſed inter abſentes quoque perfici poſſunt, mediante epiſtola vel internuncio *l. 2. princ. ff. de pact. & tot. tit. Inſtit. de obligat. quæ conſenſ.* porro quia mandatu domini procurator datur, idcirco ratihabitione quoque procuratorem conſtitui placet, cum ratihabitio mandatui æquiparetur, & ad initium actus trahatur *l. fin. C. de SC. Macedon.* atque de hoc textus extant expreſſi in *l. 12. §. fin. l. 106 princ. de ſolut. l. 56 ff. de iudic.* Vide etiam quæ dicta ſunt ſub *theſi 4. h. diſput.* *Lit. A.*

Liberum præterea cuique eſt vtrum procuratorem velit in iudicio ordinare, an extra iudicium. *§. 3. & 4. Inſt. de ſatiſdat.* quanquam inter hæc non parum interſit, vt mox dicetur.

Eſt quoque in cuiuſuis arbitrio procuratorem ad totam cauſam vel ad vnum ſaltem articulum conſtituere *l. 1. ff. de proc.* in Camera tamen Imperiali conſtitutiones procuratoriæ non admittuntur, niſi ad totam cauſam ſunt dire-

Digitized by Google

ctæ, teſtibus Cameræ obſeruatoribus Gailio & Mynſing. in locis ab Autore citatis. Et textus hac de re apertus eſt in *Ordinat.Camer.part.4.tit.12.§. Soviel dann.* Et ratio huius iſta eſt, quod in iudicio Cameræ ex diſpoſitione ordinationis citantur partes ad totam cauſam iuxta *l. fin. de dilat.* at procurator, non ad totam cauſam datus, citari non poſſet ad totam cauſam. Hoc tamen non tam anxie obſeruari in executiuis, monet Mynſing. *dict. obſeru. 84.* ſeque vidiſſe ait datam ſolum fuiſſe conſtitutionem procuratoriam ad exceptionem proponendam eamque admiſſam; idque factum in cauſa **Bamberg** contra **Würtzburg**.

Qu. 43. *An cõiunctæ perſonæ quæ dicũtur ſine mandatu procuratores eſſe, tacitum habeant mãdatũ?* Cur autem perſonæ coniunctæ ſine mandatu admittantur, ratio hæc eſt, quod præſumatur ob coniunctionem iſtam ſanguinis affectionemque qua ſuos complectuntur conſanguineos, quam optime ac fideliſſime illorum cauſam procuraturæ.

Et quanquam vulgo haſce perſonas tacitum habere mandatum ſtatuant, adeoque non omni mandatu deſtitui exiſtiment, verior tamen mihi contraria videtur opinio.

1. Quia ſine mandatu eſſe dicuntur in *l.35.princ. & l.40.§.fin.ff.de procurat. l.12.C. eod. tit.* at ſine mandatu non eſt, qui tacitum habet mandatum.

Et quanquam prædictas ll. de expreſſo ſolum interpretentur mandatu; iſta tamen interpretatio plane diuinatoria eſt.

2. Quia ſi tacitum haberent & præſumptum mandatum non opus eſſet, cautione de rato, nec vlla ipſius domini ratihabitione: cum tacitum ac præſumptum mandatum tantundem ſemper operetur, quantum ratihabitio. Atqui conſtat opus eſſe cautione de rato, quotiens conſanguinei agunt pro conſanguineo ſine mandato: nec abſque ratihabitione coniuncto nocere, quod eius nomine coniunctus ſine mandato egit, *l. 1. Cod. quibus res iud. non noc. l.3. §.1. ff. iudicat. ſolu.*

3. Accedit quod mandatum non præſumatur, quia facti eſt, ſed probari debeat vt mox dicetur.

Ad mandatum tacitum coniunctos habere, nuſpiam in toto iure aſſeritur. Et quanquam diſſentientes prætendant, mandatum in coniunctis non ab homine, ſed à lege præſumi: lex tamen iſta produci non poteſt; ſane quæ lex coniunctis perſonis agendi facultatem tribuit, diſerte negat eas mandatum habere.

Non obſtat quod hinc inde coniunctæ perſonæ, procuratores dicantur, *dict. l. 35. princ. d. l. 40. & d. l. 12.* procurator autem habeat mandatum, ſi non expreſſum, tacitum tamen *l. 1. princip. ff. de procuratorib.*

Reſpond. Nam quod coniunctæ perſonæ pro coniunctis, ſine mandatu agentes, non ſint procuratores, clare aſſerit ICtus in *l.3.§.3.ff. iudic.ſolui*, quod, inquiens, coniunctis agere permittitur, edicto prætoris, *non facit eas procuratores.* Quod ipſum quoque argumento eſt, eas de agendo nullum habere mandatum; alioquin certe procuratores eſſent *d. l. 1. pr.* quocirca, quotiens procuratoris nomine in iure noſtro inſigniuntur, fit hoc plane improprie & abuſiue.

Quod igitur agere poſſunt coniuncti pro coniunctis, non fit propter tacitum, vel præſumptum mandatum, quod habeant de agendo; ſed ex ſingulari legis diſpoſitione: ſic tamen vt licet non repellantur, ſi non habeant voluntatem; repellantur tamen, ſi contraria probetur voluntas; adeo vt nec tunc ſub rati cautione admittantur *d. l. 40. §. fin.* quia alias hoc, quod in dominorum coniunctorum fauorem eſt introductum, detorqueretur in illorum odium.

Con-

Coniunctas perſonas, quæ ſine mandatu admittuntur, has recenſet ICtus in *d.l.35.princ. Liberi, parentes, fratres, Affines & liberti.*

Hinc primo quæritur, vtrumne ex agnatis ſoli fratres ſine mandato litem procurare valeant; an & reliqui cognati? Qua de re admodum controuertunt Interpp. Quidam enim ſolos fratres ſine mandato admitti contendunt: alij & cæteros agnatos ad gradum vſque tertium: nonnulli ad quartum gradum: alij ad gradum decimum.

Prima opinio præ cęteris mihi arridet: 1. Quia tantum fit mentio fratrum in edicto prætoris; reliquorum vero agnatorum nullibi ius meminit, proinde ad eos *d.l.35.princ.* porrigi non debet: quia ius hoc plane ſingulare eſt & exorbitans, contra rationem iuris communis (quod ſine mandato in lite aliena neminem admittit procuratorem) introductum: at hoc ad conſequentiam porrigi non debet *l.quod contra.ff.de reg.iur.l.quod vero.ff.de legibus.* Ita Giphanius, Angelus & Fulgoſius in *d.l.35.princ.* accedit ſecundo, quod cum ICto in *dict.l.35.* propoſitum fuerit declarare, quænam illæ eſſent perſonæ, quæ ſine mandato lites alienas procurare poſſint, è cognatis, ſanguineque iunctis parentes duntaxat & fratres recenſuerit: cum tamen ſi omnes cognatos vel alios etiam præter fratres & ſorores eodem iure gaudere voluiſſet, ad omnem dubitationem tollendam id exprimere facilimum ei fuiſſet.

Nec eſt, quod quis excipiat, ob paritatem rationis, quæ, quoad præſens, negocium in fratribus & cæteris cognatis obtinet, extenſionem *dict.l.35.* ad reliquos cognatos fieri oportere: Reſp. Nam iura exorbitantia & ſingularia ne quidem ex paritate aut maioritate (vti loquuntur) rationis extenſionem admittunt.

Qu. 44. *An poſſūt procuratores dici?*

Sed vtrum hæ perſonæ, à quibus mandatum non exigitur, ſi litem procurent, proprie procuratores dici poſſint, ſic, vt ſtatutum, de procuratore loquens, etiam ad haſce perſonas porrigi debeat?

Quæſtio eſt haut expedita; & verior eſt ſententia negantium: quam etiam confirmat *l.3.§.3. iudicatum ſolui*, quo in loco Vlpianus: *Sed etſi forte ex liberis & parentibus aliquis interueniat, vel vir vxoris nomine à quibus mandatum non exigitur; an committatur ſtipulatio, quæritur magiſque erit, ne committi debeat, niſi fuerit ei mandatum vel ratihabitum. Quod enim eis agi permittitur edicto prætoris non facit eos procuratores.* Ecce hic diſerte ICtus aſſerit quod prædictæ perſonæ coniunctæ non ſint procuratores. Quod ſi itaque procuratores non ſunt, nec ſtatutum de procuratoribus ad eos pertinet. His non aduerſatur quod paſſim procuratores dicuntur, vt in *l.35. princ.ff.de procurat. l.12. Cod. eod.* nam hoc non fit, niſi improprie & abuſiue, vt recte concludunt Vaſquius *l. controuerſ. 23.num.9.* Anton. Faber *in d.l.35.pr.ff.de procurator.* Quanquam vero mandatum ab illis non exigitur, de rato tamen cauere coguntur *l 12. C.de procuratorib. l.35.princ.ff. eod.dict.l.3.§ 3.ff. iudicat. ſolui.*

Qu. 45. *An & conſors & ſocius eiuſdem litis pro cōſorte abſente ſine mandato admittatur*

Coniunctis hiſce perſonis Autor noſter annumerat etiam *ſocium*, ſiue *conſortem*, ſic vt pro conſorte & ſocio ſuo ſine mandatu quiſque procurator admittatur. Fundamentum huius aſſertionis extat in *l. vltim.C.de conſort. eiuſd.* in qua Impp. *Commune* inquiunt, *negotium poſt litem legitime ordinatam, etiam quibuſdam abſentibus in ſolidum ſine mandato poteſt; ſi præſentes rem ratam dominum habiturum cauere parati ſint; vel ſi quid ab his petitur, iudicatum ſolui ſatiſdatione firmauerint.*

Et ratio huius expedita eſt, hæc vide-

Digitized by Google

videlicet, quod ſocij præſentes non poſſint cauſam ſuam agere pro parte ſua, niſi agant & nomine abſentis ſocij & conſortis, quoniam cauſa connexa eſt, cuius tractatio ſine incommodo diſtrahi non poteſt.

Addunt Impp. *poſt litem ordinatam*, hoc eſt, *conteſtatam*, litis conſortes nomine abſentium ſine mandatu agere poſſe, quo ſignificant quod aliud dicendum ſit, ſi lis nondum fuerit ordinata vel conteſtata; hoc vero idcirco, quia ante litem conteſtatam, nec vere ſint conſortes, cum nec lis dicatur, ſed controuerſia *l.25.ff. de petit.heredit.* ac litis conteſtatio initium ſit litis, vt infra ſuo loco dicetur. Couarruu. 1.*var.reſolut. 6 num.6.* Et quanquam Antonius Faber verba iſta *poſt litem legitime ordinatam* in *d.l.vltim.* nolit de lite conteſtata interpretari, eo quod lis per conteſtationem conſtituatur; ordinetur vero per ea, quæ ſunt præparatoria conteſtationis & iudicij *l.ordinata 24.ff.de liberali cauſa l.14. C.eod.* Maxime quod cautio rati non ſit opponenda poſt litem conteſtatam *l.40.§.pen.ff.de procurator.* in caſu autem *d.l.2.* cautio rati præſtetur poſt litem ordinatam, ac proinde dici non poſſit lis conteſtata.

Veruntamen contraria ſententia ex prædicta ratione verior videtur: non obſtante eo, quod Anto. Faber pro ſua ſtabilienda opinione adduxit: ſiquidem in *d.l.40.§.penultim.* non de conſorte, ſed de extraneo agitur, nec quæritur vtrum poſſit cauere de rato, ſed an cogatur? Hoc vero ideo negari dicit, quia poſt litẽ conteſtatam extraneus procurator, effectus eſt dominus litis: at in *d.l. vltim.* agitur de conſorte, qui idcirco cogitur poſt litem conteſtatam de rato cauere, quia pro parte ſui conſortis & ſocij abſentis, tempore iudicij accepti, non interceſſerat: ſed pro ſua duntaxat parte, adeoque litem de portione conſortis conteſtatus non erat, nec factus fuerat, quoad hanc, dominus litis, Pacius 2. *Controu. q.44.*

Nec obſtat quod exceptio interponendæ cautionis rati ſit dilatoria: at dilatoriæ exceptiones ante litem conteſtatam opponi debeant: *l.19. C.de probat. l. penult. Cod. de except.* ac proinde prædicta dilatoria exceptio cautionis rati conſorti non poſſit amplius poſt litem conteſtatam opponi.

Reſpond. Ad hoc enim recte Sichardus reſpondet; exceptionem hanc dilatoriam, quæ conſorti opponitur, poſt iudicium demum acceptum litemque conteſtatam originem ſumpſiſſe, & ideo etiam poſt litem conteſtatam opponi & obijci poſſe.

Illud obſeruandum eſt, quod ſi res fuerit indiuidua, de qua iudicio conſortes experiuntur, vnumquemque conſortem ab initio, & antequam lis conteſtetur & agere & defendere in ſolidum poſſe, reſpectu videlicet iuris in iudicium deducendi, non vero reſpectu præiudicij generandi conſorti abſenti, ita vt proſit ſententia, non vero obſit conſorti Trentac. 2.*pra cticar.Reſolut.L. de procurat. reſolut.7. num. 1.& 2.*

Illud certum & expeditum eſt, quod in ijs, quæ ſpeciale deſiderant mandatum perſona coniuncta, ne quidem præſtita cautione rati, admittatur: & ratio huius perſpicua eſt, quoniam coniuncta perſona ex interpp. ſententia, idcirco admittitur, quia mandatum habet præſumptum: cum autem ne quidem is, qui generale expreſſum habet mandatum ad ea admittatur, in quibus opus eſt ſpeciali mandatu: abſurdum eſſet plus operari mandatum præſumptum, quam expreſſum. Qu. 46. *An in ijs quæ ſpeciale deſiderant mãdatũ, coniũctæ perſonæ admittantur ſine mãdatu?*

Quin & hæc ratio dari poteſt, quod ea, quæ ſpeciale mandatũ deſiderant magni ſint præiudicij, & ideo nemo præſumatur ea alij demandare voluiſſe; ad hæc, textus

textus pro hac ſententia dilucidus eſt in *l. patri pro filio. ff. de minoribus*, vbi conſanguineus, patre excepto, ſine ſpeciali mandatu non poteſt in integrum reſtitutionem petere pro minore conſanguineo læſo & circumuento. *Patri*, inquit Caius, *pro filio omnimodo præſtanda reſtitutio eſt, licet filius reſtitui nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur*, ex quo apparet cæteros cognatos, vel adfines alterius eſſe cõditionis, nec aliter audiri oportere, quam ſi ex voluntate adoleſcentis poſtulent.

Inſuper iure ciuili conſanguinei agere poſſunt pro conſanguineis ſine mandatu ex legis diſpoſitione, quæ quidem in eo tantum caſu prouidet, quo mandatum etiam generale ſufficeret: nec quicquam ſanxit in his quæ mandatum ſpeciale exigunt *l. 35. pr. ff. de procurator.* Proinde in ijs quæ deſiderant ſpeciale mandatũ non admittuntur, niſi ſpeciale mandatum proferant.

Atque hanc ſententiam amplectuntur Didac. Couarruu. *1. var. reſolut. 6. n. 5.* Iohannes Crottus in *l. ſi conſtante ff. ſolut. matrim. lect. 2 n. 96.* Sichardus *ad l. 2. C. de procuratorib. n. 11.* Rosbach. *in proceſſ. tit. 14. n. 12.* Eamque communem dicit Couarruuias, d. loco. Nec refragatur illi textus in *capit. Nonnulli* §. *1. de reſcript.* vbi literæ ad lites, quæ non poſſunt abſque ſpeciali mandato impetrari, coniunctus pro coniuncto poterit petere & valide obtinere.

Reſpondet enim Couarruuias, & rectè: cum in iſto capitulo Romanus Pontifex potius ex rigore odioque literas ad lites impetrantium, quam ex iuſta iuris ciuilis conſideratione induxiſſet, mandatum ſpeciale requiri ad harum literarum impetrationem, ipſum æquitate deciſionem iſtam temperantem ſtatuiſſe, hoc mandatum non eſſe exigendum à conſanguineis, nec ab his, qui ſine mandatu agere poſſunt.

Iohannes Crottus idcirco putat *d. cap. Nonnulli.* ſententiæ noſtræ non obſtare, eò quod ibi Pontifex non ſtatuat, poſſe literas ad lites impetrari à conſanguineis, ſine mandato, ſed tantum illud aſſerat, coniuncti nomine, impetrantem, falſi vitium euadere.

Quam tamen reſponſionem improbat Couarruuias, ꝑpterea quia ex verbis textus reluceſcat, literas Apoſtolicas ad lites poſſe tuto & valide impetrari ab his à quibus de iure neceſſario mandatũ non exigitur, nec eſſe mandatum ad has impetrandum exigendum, ab his, qui de iure ſine mandato agere poſſunt, verba textus illius hæc ſunt: *Sancimus vt ſi aliquis ſuper aliqua quæſtione de cætero ſine ſpeciali mandato domini literas Apoſtolicas impetrare præſumpſerit, & literæ illæ non valeant, & ipſe tanquam falſarius punitur: niſi forte de illis perſonis extiterit, à quibus non debet exigi de iure mandatum,* niſi fortaſſis verſiculus poſtremus, *Niſi forte*, ad hæc tantũ verba poſtrema, *Et ipſe tanquã falſarius punitur*, & nõ ad iſta, *Et literæ illæ non valeant*, referri debet; id quod Crottus ſenſiſſe videtur.

Non obſtat præterea, quod reſtitutio in integrum ſpeciale deſideret mandatum: hanc vero etiam coniuncti ſine mãdatu petere poſſint *cap. conſt tutus. de in integrum reſtitutione.* Vbi frater pro fratre reſtitutionem in integrum poſtulauit, nec tamen vllius mandati ſpecialis in *eo c.* fit mentio. Rectè enim Panormitanus reſpondet, fratrem habuiſſe ſpeciale & expreſſum mandatum de petenda in integrum reſtitutione; non obſtante eo, quod illius nulla fiat mentio in eo *capit. conſtitutus.* ſiquidem in conciſis Decretalium cõſtitutionibus non ſemper mentio fit omnium, quæ ad rigorem proceſſus & ordinis iudicialis exiguntur. Et præterea, cum iure ciuili expreſſe decidatur, conſanguineos ſine expreſſo & ſpeciali mandatu non poſſe in integrũ reſtitutionẽ petere *d. l. patri pro filio ff. de minor.* contrarium a. in iure Canonico non reperiatur, idcirco ſecundum ius ciuile *d. capit. conſtitutus.* inter-

Digitized by Google

interpretandum erit, ac præſupponendum, fratrem, qui in integrum reſtitutionem petiit, ſpeciale de hoc habuiſſe mandatum; maxime cum contrarium ex eo *c.* non reluceat.

Qu. 47. *An maritus poſſit eſſe procurator vxoris ſuæ, nõ perſtita cautione rati?*

Similiter maritus pro vxore ſine mandato procurator & defenſor admittitur idque certi & indubitati eſſe iuris exiſtimo: hoc non ſolum in controuerſiam reuocatur vtrum à marito, qui vxoris ſuæ procurator vel defenſor exiſtit, exigatur cautio rati? Affirmare hoc videtur Conſtantinus Imperator in *l.21. Cod. de procurator.* Eidemque adſtipulatur Antoninus in *l.2. C. eod. tit.* Sed his contradicere videtur Imperator Iuſtinianus in *l. final. C. de pact. conuent. tam ſuper dot.* vbi diſerte ſancire videtur, à marito vxoris ſuæ nomine in iudicio litigante ſatisdationem non eſſe exigendam. Quæ imperatorum ad ſpeciem contraria reſcripta quomodo conciliari & in concordiam redigi debeant, oſtendi *libro quart. part. quint. quæſt. decim. variar. reſolut. iur. ciuil.*

Lit G.

Qu. 48. *An magiſtratus pro ſubditis ſine mandatu agere poſſit?*

Inſuper perſonis illis, quibus ſine mandato alieno nomine litigare permittitur, accenſet Autor noſter, etiam Magiſtratum, qui pro ſubditis ſuis abſq; mandato agere poſſit, Authori noſtro adſtipulatur Wormſerus loco allegato.

Verum ſententia hæc ita nude & abſolute propoſita procul dubio vera non eſt. Proinde circa propoſitam quæſtionem diſtinguit Andr. Gail. *1. obſeruat. 125.* hoc modo; vt ſi cauſa & controuerſia ipſos ſolummodo ſubditos concernat, ad ipſorumque vtilitatem & commodum pertineat, ita vt ius, exactione inſtituta, vel defenſione ſuſcepta, ipſis ſolum ſubditis quæratur, tunc magiſtratus abſque mandato non poſſit agere pro ſubditis. Quoniam regula eſt, quod nemo poſſit pro alio abſque mandatu agere *l. 1. prin. ff. de procur.* Ab hac vero regula nuſpiam excipiuntur magiſtratus; proinde ſub regula iſta contineri intelliguntur.

Nec ad rem facit, quod interſit dominorum ſubditos habere locupletes *Nou. 8. §. cogitatio.*

Hoc ſiquidem intereſſe generale hîc in conſiderationem venire non debet; quod ſi cauſa talis ſit, in qua ipſius quoq; domini intereſſe verſetur, vt ſi à ſubditis collectæ indebitè fuerint exactæ aut in cultura agrorum ipſius domini turbari, moleſtati aut ſpoliati, vel ipſis in contumeliam domini iniuria ſit facta: tunc rectè dominus, etiam abſque mandato, pro ſubditis aget, quia factum ſubditorum ipſum tangit dominum: IPSE ſiquidem dominus turbari, ſpoliari & iniuria affici dicitur *leg. vim facit. Digeſt. de vi & vi armat.*

Atque vigore huius ſecundi membri diſtinctionis multos quotidie proceſſus, tam mandata, quam citationes dominis in cauſis ſubditorum in Camera decerni idem teſtatur Gailius *d. obſ. 125.*

Et ſub hac etiam diſtinctione Autoris aſſertionem intellectam volo.

Lit. H.

Qu. 49. *An amicus pro amico intimo ſine mandatu poſſit interuenire?*

Poſtremo quæritur de Amico intima familiaritate coniuncto, vtrum & is quoad propoſitum, accenſeri debeat coniunctis, ſic vt abſque mandato pro amico agere in iudicio poſſit?

Affirmandum hoc videtur 1. Quia ratio, quæ in coniunctis iſtis perſonis facit, vt ſine mandato ad agendum admittantur, in amicis etiam, arctiſſima neceſſitudine nobis deuinctis, æque obtinere videtur: cur enim illæ admittantur, ratio hæc eſt, quia propter coniunctionem ſimul & affectionem qua ſuos proſequuntur conſanguineos, quam optime & fideliſſime cauſam illorum acturi cenſentur. At vbi eadem ratio eſt, ibi quoque eadem debet eſſe iuris diſpoſitio.

2. Quia amici non leui, nec vulgari notitia nobis iuncti, cognatis ac conſanguineis accenſentur, imo præferuntur, vt bonus eſt textus in *l. cum allegas. 4. Cod. de caſtrenſi peculio.* Et amicos conſanguineis.

neis comparari conſtat ex *l.2. prin. ff. qui petant. tut. l. Ergo. Digeſt. ex quibus cauſ. maior.*

Quin etiam experientia ſatis abundeque teſtatur, quod intimi amici plus diligantur quam conſanguinei: & quod maiori amore & dilectione proſequendi ſint amici quam conſanguinei, pulchre oſtendit Petrarcha *lib. 1. de Remed. vtriuſque fortunæ Dialogo 52.* Et quod amici arctiori neceſſitudinis vinculo nobis iungantur quam conſanguinei, clare ſignificat *Ariſtotel.* dum *amicos* ait, *eſſe vnam animam in duobus corporibus.* Et Cicero *lib. 1. de offic.* ſcribit, *quod amicus ſit tanquam alter idem.*

3. Accedit quod fratres ſine mandato pro fratribus agere in iudicio poſſunt *dict. leg. 35. prin. Digeſt. de procurator.* At fratrum nomine & appellatione venire etiam amicos, teſtatur expreſſe Paulus in *l. Nemo 58. Dig. de hæredibus inſtit.* Proinde & amici pro amicis abſque mandato admittentur, atque ita Sichardus in *leg. 12. Cod. de procurat. num 7.* Tiraquell. *in leg. 8. Cod. de reuoc. donat. num. 102.* Rosbach. *in proceſ. tit. 14. num. 14. & ſeq.* Oſwald. Hilliger in *Donell. Enucl. lib. 18. capit. 12. litera K.*

Cæterum quod amici ſine mandato non ſint pro amicis ad agendum in iudicio cauſam admittendi, verior eſt opinio, eamque tuentur Giphanius *lectur. Altorphinis ad l. 35. prin. ff. de procurator.* Gail. *1. obſeruat. 133. num. 2. & 2. de pace publica 10. num. 28.*

Confirmatur autem hæc ſententia primò hac ratione, quod nuſpiam in iure ſcriptum legitur, amicos, perinde vt cognatos, cum cautione rati, ſine mandatu, pro amicis admitti: At cum hîc de iure ſingulari & exorbitanti agatur, lege expreſſa opus eſt, qua id amicis quoque tribuatur *arg. l. quod vero ff. de legib.*

2. Accedit quod in *l. 20 Cod. de negoc. geſtis,* proponitur amicus, qui ſponte amici negocia geſſerat, ſine mandatu fuiſſe: Atqui, ex communi Dd. ſententia, cognati admittuntur cum rati cautione, quia tacitum habent mandatum *arg. d. l. 35 pr.*

Non obſtant verò quæ pro priori affirmantium ſententia adducta fuerunt, nam ad primum reſpondendum eſt, ius ſingulare & exorbitans, quod contra ius commune introductum eſt, nec ob paritatem rationis extenſionem admittere *dict. leg. quod vero de legibus.* Atqui iure plane ſingulari receptum eſt, vt cognati abſque mandato ad agendum pro cognato admittantur: cum ius commune ſit in contrarium & prohibeat quenquam admitti ſine legitimo mandato. Proinde, etſi fortaſſis par eademque ratio in amicis, quæ in cognatis, obtineret, non tamen extenſio facienda eſt ad amicos edicti prætoris, conſangineos pro coniunctis admittentis.

Ad ſecundum reſpondeo, quanquam amici in multis comparentur, æquiparentur, & exæquentur etiam cognatis; id tamen non procedere in priuilegijs & iuribus ſingularibus. Deinde locum habere quotiens lex ipſa comparationem & exæquationem inſtituit. Sic igitur nec poſtremum ſentẽtiam noſtram euertit: quanquam enim alias appellatione fratrum continentur amici; id tamen in beneficijs ac priuilegijs & iuribus ſingularibus fallit: quoniam hæc ſtrictam recipiunt interpretationem *arg. §. ſed & quod principi placuit. 1. de iure nat. gent. & ciuil.*

Atque hanc ſententiam in foro & praxi obſeruari, teſtatur Gail. *de pace publ. 10. n. 28.* Eandemque in Camera eſſe receptam ſcribit *1. obſ. 133. n. 2.* Qu. 50. *Quando cautio de rato præſtãda ſit à pcuratore actoris?*

Ad cautionem porro rati quod attinet, ſi quæratur quando illa exigatur & à procuratore actoris præſtari debeat, tres caſus diſtinguendi ſunt: nam aut conſtat mandatum habere procuratorẽ:

aut conſtat illum mandatu deſtitui: aut incertum eſt habeatne mandatum, an vero non habeat. Primo caſu cautio de rato à procuratore non exigitur: ſiquidem hæc cautio de rato ad hoc exigitur à procuratore actoris, quia periculum ſubeſt, ne dominus iterum de eadem re experiatur *tit. Inſtit. de ſatiſdat.* Atqui hoc periculum ceſſat, quando de mandatu domini certò conſtat.

Quod vſque adeo verum iudico, vt non ſolum cautio iſta rati hoc noſtro caſu non ſit neceſſaria, ſed ſi mandatui adiiciatur, ſit etiam inutilis ac fruſtranea, vt in theſi *ſequent. ſub lit. A.* pluribus demonſtrabitur.

Secundo caſu, cum certò conſtat procuratorem mandatum nullũ habere, cautio rati itidem exigi non ſolet; quoniam hic, qui mandatu deſtituitur, falſus eſt procurator, atque exceptione procuratoria repellitur, nec ad agendum admittitur *l. ſi pupilli. §. penult. & vlt. ff. de negot. geſt.* Excepta perſona coniuncta, quam ſine mandatu cum cautione de rato admitti dictum eſt in proxime præcedentibus ex *l. 35. prin. & l. 40. §. fin. ff. de procur. l. 12. C. eod. tit.*

Tertio proinde caſu duntaxat, quo dubium eſt, habeatne procurator mandatũ, an minus, hæc cautio rati exigitur; idq; ſinificat perſpicue Antoninus Imperator in *l. 1. C. de procur. Cautio* inquiens, *ratihabitionis tunc exigitur à procuratore, quoties incertum eſt, an ei negocium mandatũ ſit.* Eidemque adſtipulatur Paulus in *l. 66. §. 1. ff. ad SC. Trebell.*

Et ratio quoque, ob quam cautio hæc à procuratore exigi ſolet, in hoc ſaltem caſu locum habet: quoniam cum incertum eſt, an procurator mãdatum habeat, periculum eſt, ne ſi mandatu non fuerit à domino inſtructus, dominus denuo agat.

Atque hanc cautionem rati admittendam, etſi nil quicquam de mandato probet, plane perſuaſum habeo; propterea quod in *d. l. 1. Cod. de procurator.* admittatur procurator cum cautione rati, ſi incertum ſit an mandatum habeat nec ne: Atqui maxime incertum hoc eſt, quando nullo modo, nec plene, nec ſemplene probauit mandatum: igitur ex ſententia Imperatoris tunc vel maxime cautio rati admittenda erit. Donell. *18. com. 13.* Giphanius *ad l. 29. §. 1. de procurat. & l. Cod. eod.*

At ſunt quidam, qui hoc poſtremo caſu, quo incertum eſt, an mandatum habeat procurator, nec ne, ſic demum cautionem rati exigendam & recipiendam contendunt, ſi aliquo ſaltem modo mandatum fuerit probatum; vt ſi mandatum mutilum & imperfectum fuerit prolatum; aut ſi mandatum probatum fuerit vnico teſte: atque ita aliqua duntaxat de voluntate domini fides fuerit facta; quam ſententiam vſu & in foro receptam ſcribunt Weſenbec. *in paratitl. de procurat. numer. 5.* Rosb. *proceſ. tit. 45. num. 7. & 8.* Wurmbſer. *tit. 5. obſeruat. 18. num. 2.* Oſwaldus Hillig. *in Donell. Enucleato. lib. 18. cap. 13.*

1. Quia Imperator Antoninus in *d. l. 1. Cod. de procurator.* tunc exigi & præſtari vult hanc cautionem, quando incertum eſt, an negocium procuratori ſit mandatum: Atqui vere dubium, aiunt, dici nequit, niſi vtrinque cauſa aliqua ſubſit, quæ dubitationem faciat.

2. Quia cum paria ſunt, non eſſe & non apparere *l. 30. ff. de teſt. tutela.* perinde erit, ſiue quis non habeat mandatum, ſiue de eo nihil plane doceat.

3. Quia alioquin fruſtra toties inculcatum eſſet, nullam actionem alieno nomine ſine mandato eſſe; item quod alij debetur, alium ſine illius voluntate exigere non poſſe *l. 6. §. vlt. l. 39. de Neg. geſt. l. 5. §. 4. Dig. de praſcript. verb. leg. 9. §. 3. Digeſt. de admin. tut.* item de ſuo, non de alieno iure agere oportere *l. 5. ſi vſuſfr. petat.* ſi cuiuis inte-

integrum eſſet oblata modo cautione negocium cuilibet faceſſere, neque aliter is litem eius, cum quo nihil antea ipſi negocij interceſſit, declinare poſſet, quam ſi contrariam illorum voluntatem, pro quibus hi interueniunt, oſtenderit.

4. Quia ſpeciale eſt in coniunctis, vt ab ijs mandatum non exigatur, præſtita tamen cautione rati. At hi nihil præcipuum haberent, ſi & alij indifferẽter quiuis ſine mandatu cum cautione rati admitterentur; proinde cum exceptio ſit in coniunctis, ſequitur regulam contrariam eſſe in cæteris, quod nempe non admittatur ſine mandato, etſi ad præſtationem cautionis de rato ſeſe offerant.

5. Quia nulla ratio dari poſſet, quare cum voluntarius procurator, ſeu negociorum geſtor nec oblata cautione rati ad agendum admittatur *l. 6. §. vlt. iunct. l. 7. pr. ff. de negoc. geſt.* procurator falſus ex nuda aſſertione, quod voluntatem domini habeat, etſi de eo fidem non faciat, admitti debeat.

6. Quia, ſtante hac ſententia, in mera eius, qui dicit ſibi mandatum eſſe, voluntate mentiendique licentia poſitum eſſet, reum ad ſuſcipiendum compellere. cui ſi dicas cautione ſatis prouſpici, intereſt tamen eius moleſtias litis euitare.

7. Quia poſtremo vtilitatis publicæ pariter & litigantium cauſa inuenta videtur cautio, ne nimiis altercationibus de mandato ſatiſne validum, aut probatum ſit, lis extrahatur. Vbi igitur nihil plane habet qui alieno nomine agit, quo voluntatem domini oſtendat, nihil fidei nudæ eius aſſertioni tribuendum, protinuſque à iudicij limine repellendus erit.

Verum enim vero argumenta hæc, modo enarrata, non ſunt eius ponderis, vt quenquam iure mouere debeant.

Ad primum enim reſpondeo Imperatorem Antoninum admittere cautionem rati, ſi incertum ſit anne habeat mandatum necne *d. l. 1. C. de proc.* Atqui incertum eſt vtrum mandatum habeat procurator, quando is ſe habere mandatum affirmat: reus vero negat: etenim intentione actoris & inficiatione rei, res, de qua agitur, fit dubia, & negatio ſola eius, quo cum agitur rem facit dubiam ***l. 3. in verb. quod vero petitur, ſi fuerit negatione dubium. Cod. quib. ad libertat. proclam. non licet.*** Non itaque hîc deficit ex vtraque parte, quod rem faciat dubiam: eſt enim ex parte actoris intentio & affirmatio: ex parte vero rei negatio.

Et ſanè, ſi hoc argumentum vllius eſt ponderis, probat & efficit, quod nec tunc cautio de rato admittatur, quando mutilum & imperfectum producitur mandatũ quoniam imperfectũ & nullum pari paſſu ambulare dicuntur in ***§. pen. I. quibus modis teſt. infirm.*** Vnde paria erunt non eſſe mandatum & non apparere perfectum mandatum, item non habere mandatum & habere imperfectum mandatum: vnde ſicut ille, qui nullum habet mandatum ad cautionem rati non admittitur, vt conſtans eſt noſtrorum ſententia; ita quoque nec hic cum cautione rati admittendus erit, qui mutilum habet ac imperfectum mandatum.

Idemque dicendum, quando vnico teſte probatur inſtrumẽtum, quia talis probatio non eſt recipienda, nec audienda ***l. 9. §. 1. C. de teſtib.***

Ad ſecundum itidem non eſt difficilis reſponſio: paria enim ſunt, non eſſe & nõ apparere, quotiens non ſolum id non demonſtratur; ſed nec demonſtrari poteſt; atque ad illud detegendum & demonſtrandum omnis deficit probatio, vt ex ipſo textu liquet: At de eo nos caſu nunc loquimur, quo aliquid ſic non apparet, vt tamen apparere & aliquando probari poſſit.

Ad Tertium reſpondetur, quod in iure noſtro toties repetitum & inculcatum legitur, neminem ſine mandatu a-

lienam litem agere poſſe ; hoc de eo intelligendum eſt, quem nullum habere mandatum conſtat, aut de quo dubitatur, an habeat mandatum ſed cautionem de rato non offert : nec ſane is , de quo incertum eſt vtrum habeat mandatum, dici poteſt quod ſine mandatu agere litemque alienam procurare velit : cum fieri poſſit vt habeat mandatum , ſicut etiam ſeſe mandato inſtructum eſſe aſſerit , quin potius is ſine mandatu eſſe dicitur, qui mutilum aut imperfectum producit inſtrumentum ; cum vt proxime dicebatur imperfectum & mutilum pro nulla habeatur. *dict. §. penult.*

Ad quartum reſpondetur conſequentiam negando , quoniam ſtante noſtra opinione , quod admittendus ſit cum cautione rati, qui ſe habere dicit mandatum,adhuc inter eum & coniunctas perſonas maxima atque manifeſtiſſima erit differentia : nam cum rati cautione admittitur coniunctus , qui nullum etiam penitus habeat mandatum , quemque nullum mandatum habere conſtat: At extraneus non admittitur cum rati cautione ſi certum ſit ipſum plane nullum habere mandatum ; ſed tunc demum admitti eum diximus , quando incertum eſt, an mandatum habeat: nec ſane dici poteſt eum mandatum non habere , qui mandatum ſuum non probat.

Sic nec quintum argumentum vllius eſt valoris, quoniam negotiorum geſtoris & procuratoris huius de quo loquimur diuerſiſſima quoque eſt ratio : non enim admittitur negotiorum geſtor ad agendum cum cautione rati, quia certum eſt ipſum mandatum non habere: At procuratorem , qui ſe à domino mandatum habere profitetur , non eſt certum, nullum habere mandatum. Quapropter à diuerſis ac ſeparatis vitioſe hic concluditur.

Ad ſextum reſpondeo , primo ſatis proſpectũ eſſe reo cautione rati. Deinde ſi apparuerit procuratorē nullũ habuiſſe mãdatum , ſed temere litigaſſe , incidere ipſum in pœnam temere litigantium *tot. tit. I. de pœna tem. litigant.*

Poſtremum manifeſtiſſimum continet repetitionem principij, quoniam hoc ipſum nunc in controuerſia verſatur, an ne à limine iudicij repellendus ſit, qui ſe mandatum habere dicit, nec fidem huius facit , ſed ad cautionem de rato præſtandam ſeſe offert ? Affirmant diſſentientes, ſed ſine vlla ſolida ratione : negamus vero nos optimo fundamento legis *1. C. de procuratorib.*

Adde & hoc, quod nec is , qui mandatum probare nititur, vel mutilo & imperfecto inſtrumento , vel vnico teſte , quicquam fidei de mandato faciat, non ſanè plus quam ille, qui nihil horum producit: cum probatio iſta pro nulla habeatur, per ea quæ ſuperius adducta fuerunt.

Proinde his obſtaculis remotis omnino dicendum eſt, id quod ab initio ſtatuimus, eum, qui ſe habere dicit mandatum, etſi id nec ſemplene probet , admittendum eſſe cautione rati præſtitâ.

His conſequens eſt, quod quotiens de mandato procuratoris probabiliter dubitatur , procuratoris eſſe electionem, vtrũ cautionem offerat reo , an mandatum probet: non etiam rei , vtrum ex his exigat. Et ratio huius ea eſt, quod in alternatiuis , cum illud aut illud præſtandum eſt , electio pertinet ad reum ſeu debitorem *l. plerunque 10. in fine. ff. de iure dot.* Atq; procurator, in ſatiſdatione & cautione de rato præſtanda, eſt reus , vel debitor : igitur in eius arbitrio eſt vtrum velit probare mandatum , an vero cautionem de rato præſtare , ita poſt Accurſium ſtatuit Donellus *18. com. 13.* Et hæc de procuratore actoris.

Procurator enim rei non cauet regulariter de rato, h. e. rem à ſe geſtã ratam dominum Qu. 51. *An pro-*

rator rei cautionem præſtet?

minum habiturum eſſe, ſed cauet iudicatum ſolui, i.e. quod iudicatum fuerit ſe ſoluturum, *§.3. & 4. l. de ſatisd.*

Etenim cur cautio de rato ab actoris procuratore exigatur, ratio hæc eſt, quæ redditur in *pr. tit. l. de ſatisd.* quia periculū eſt, ne dominus iterum de eadem re experiatur: ad hoc itaque periculum vitandū rectè hanc cautionem rati poſtulat reus à procuratore actoris: hoc autem periculū & incommodum, quia non metuit reus, ſi nouit, procuratori eſſe mandatum, vt agat, merito hoc caſu ceſſat hæc cautio, vtpote ceſſante cauſa & periculo *L. 1. C. de procur.* ſiquidem procurator non agit, nec inferre ſolet actionem, ſed ab alio illatam ſuſcipere *l. 45. §. vlt. ff. de procur. l. 5. §. vlt. & l. ſeq. ff. de oper. nou. nunciat.* Non igitur periculum eſt, vt procurator rei, ſi de rato nō caueat, ipſe reus quod actum eſt, ratum non habeat, ſed denuò agat.

At cautio iudicatum ſolui à procuratore rei exigitur, quia periculum ſubeſt vt reus id quod iudicatum eſt, non ſoluat, adeoque fruſtra actor egerit cum procuratore rei.

Cæterum in procuratore rei abſentis diſtinguenda eſt actio in perſonam ab actione in rem: ita vt in actione in rē procurator rei vtramque actionem præſtet, tam rati, quam iudicatum ſolui, in actione in perſonam duntaxat iudicatum ſolui, exceptis caſibus quibuſdam, diſtinctio hæc fundata eſt in *l. 40. §. ſed & is. ff. de procurat.* vbi ita Vlpianus: *Sed is, qui quaſi defenſor in rem actione cōuenitur præter ſolitam ſatisdationem iudicatum ſolui, etiam de rato debet cauere.*

Ratio huius diſtinctionis iſta eſt, quod in actione in rem à procuratore rei victo reſtituatur res, ab ipſo reo, tanquam ſua poſſeſſa; cum vero dominium eius rei nō transferatur in accipientem, traditione à procuratore facta *arg. l. 11. ff. de Reg. Iur.* periculum eſt, vt dominus id, quod à procuratore geſtum eſt, poſtea ratum non habeat, ſed rem ſuam denuo vindicet: id quod hiſce verbis expreſſit Vlpianus in *dict. leg. 40. §. 2. Si in hoc*, inquiens, *iudicio rem actoris eſſe pronuncietur, & reuerſus poſſeſſor, cuius defenſor extiterat, velit fundum vindicare, nonne poteſt & nonne videbitur hoc modo ratum non habere, quod actum eſt?* In actione in perſonam ratio hæc deficit, quia non eſt periculum vt dominus, quod à procuratore geſtum eſt, ratum non habeat, cum is non rem domini ſed ſuam ſoluerit.

Quanquam autem in actione perſonali procurator rei regulariter non præſtet cautionem rati; ſunt tamen caſus quidam, quibus & in reali actione cautio rati exigitur. Primus eſt in cautione damni infecti. 2. In cautione legatorum. 3. In actione noxali. 4. In operis noui nunciatione; de quibus ſic Vlpianus in *leg. 35. §. vlt. &* Paulus in *l. ſeq. 36.* ſcribunt: *Defendere videtur procurator & ſi in poſſeſſionem venire patiatur, cum quis damni infecti ſatis, vel legatorum deſideret, vel in operis noui nunciatione.*

Sed etſi ſeruum ex noxali cauſa patiatur duci, defendere videtur; ita tamen vt in his omnib. ratam rem dominum habiturum caueat:

Ratio autem, ob quam in hiſce caſibus rati cautio exigitur, hæc eſt: ne ſcilicet abſenti domino per procuratorem fortaſſe falſum, aut leuem & imperitum noceatur. Ne igitur dominus abſens, domū reuerſus, vel eum, qui permittente procuratore miſſus eſt in poſſeſſionē, ob nō pſtitam cautionē vel damni infecti, vel legatorum expellat, oblata à ſe eadē cautione, vel ne ſeruum, permittente item procuratore ob noxam ductum, oblata æſtimatione litis recipiat: ne, inquam hiſce caſib. & miſſionis & ductionis, reſcindatur quod geſtū fuerit, æquitas ſuadet vt procurator præſtet cautionem de rato. Quod ad quartū caſū operis noui nūciationis, habet & hic rationē exceptionis perſpicuā, quia aliàs niſi cautio pſtaretur

poſ-

poſſet dominus reuerſus procuratoris factum, qui ſcilicet remiſit vicino nunciationem, improbare & agere interdicto reſtitutorio i. e. petere vt vicin⁹ quod cōtra ſuam denunciationem ædificauit, permittente licet procuratore, demoliatur. Non enim debet quolibet interueniente & nunciationem remittente, vt falſo fortaſſe procuratore, dominus abſens amittere vtilitatem ſuæ nunciationis; indignum id eſſe ait *l. 13. vlt. ff. de Noui oper. nunciat.*

Quartus caſus, quo procurator rei de rato cauere cogitur, eſt in reſtitutione in integrum: etenim reſtitutione in integrum res à poſſeſſore repetitur, velut cum minor rem, à ſe alienatam repetēs, eo nomine ſe aduerſus alienationem in integrum reſtitui poſtulat, is qui aduerſus agentem poſſeſſoris abſentis procurator exiſtat, imponitur hoc ei non ſolum vt ſatiſdet adoleſcenti iudicatum ſolui, ſed etiam rem ratam dominum habiturum, qui reuerſus poteſt adoleſcenti de re ſua controuerſiam facere *leg. non ſolum. §. eſt & caſus Digeſt. de procurator.*

Quintus eſt in actione liberali ſiue in actione præiudiciali de ſtatu: nam & hic cauere cogitur procurator rei de rato *dict. leg. 30. §. ſi ſtatus l. 8. §. ſi procurator Digeſt. ad exhibend.* cogitur videlicet procurator in hac cauſa cauere de rato, ſiue procurator petat aliquem in ſeruitutem, ſiue contra ſe in libertatem vindicet. Cuius ratio redditur in *dict. §. ſi quis à procurator*, hæc videlicet, ne impune ſæpius pro ſtatu ſuo quis conueniatur. Accedit huic quod actio præiudicialis ſit in rem, vel actionum realium naturam habeat *§. præiudiciales. l. de act.* in actionibus autem in rem procurator non tantum actoris, ſed etiam rei abſentis de rato cauere debet, *leg. 40. §. ſed & is Digeſt. de procuratore.* ſi igitur in hac cauſa ſtatus procurator petit aliquem in ſeruitutem, quo caſu ſuſtinet partes actoris *l. 7. §. vlt. ff. de liber. cauſa*, ſiue quis proclamat ipſe in libertatem, eique contradicit procurator, ſe eſſe dominum, quo caſu defenſoris partes ſuſtinet *l. generaliter. ff. de except.* vtroque caſu procurator cauere debet ratam rem dominum habiturum. Hiſce vero caſibus exceptis, manet firma ſuperior regula quod procurator rei de rato cauere non teneatur.

Ad iuratoriam cautionem non admittendum eſſe procuratorem rei ex hoc fundamento ſtatuit Autor noſter, quoniā ad hanc deueniri non ſolet vbi alia ſupereſt.

RESOLVTIO THESIS *Octauæ.*

MAndatum procuratorium debet exprimere quis procuratorem dederit, ad quid vel in qua cauſa, & contra quē: quib. anne promiſſio de ratihabendo eo, quod ab actore geſtū fuerit ſubiicienda ſit? quæſtio non eſt expedita, ſed difficilima & valde intricata: etenim de ea tres reperiuntur diuerſæ ac contrarię Dd. opiniones quarum prima eſt, quod clauſula de rato in mandato procuratorio ſit neceſſario ſubiiciēda & exprimenda, atque ita ſtatuunt Matth. Weſenb. *in paratitl. de proc. nu. 6.* Petr. Gregor. Tholozan. *49. ſyntagm. 4. n. 7.* Rulāt. *de comm. lib. 5. c. 8. n. 6.* Atque hæc opinio nititur fundamēto *l. 65. ff. de procurator.* vbi Modeſtinus: *Si procuratorem abſentem dominus ſatiſdatione releuare velit, literas ſuas ad aduerſarium ſuum dirigere debebit, quib. ſignificet quē aduerſus eum procuratorem, & in qua cauſa fecerit, ratumque ſe habiturum, quod cum eo actum ſit: hoc enim caſu literis eius approbatis, velut præſentis procuratorem eſſe noluerit; tamen iudicium, quo caſu procurator expertus eſt, ratum eſſe debet.* Ecce hîc, vt procurator de rato cauere non cogatur, requiritur vt à domino mandatum habeat, in quo mandato ſigni-

Lit. A. Qu. 52. *An cautio rati ſit inſerenda mandato?*

l by Googl

ſignificetur quem aduerſus ſuum aduerſarium conſtituerit procuratorem, & in qua cauſa fecerit ratumque ſe habiturum. Non itaque ſufficit mandatum niſi clauſula iſta de rato expreſſe ſit ſubiecta, addi huic poteſt textus in *l. 60. ff. mandati*, vbi formula mandati procuratorij proponitur, cui in fine ſubijcitur clauſula de rato, his verbis: *Et omnia firma eſſe à te facta exiſtimante te & non contrarium dicente tibi ad vllam operationem.* Quocirca ſi clauſula hæc non eſſet in inſtrumento neceſſaria, vtique in formula procuratorij à lege præſcripta, omiſſa fuiſſet.

Secunda opinio eſt illorum qui ſtatuunt clauſulam huiuſmodi de rato non quidem in mandato eſſe neceſſariam, ſed tamen vtilem eſſe, tum ad hoc vt æquipolleat mandatui cum libera; tum etiam quod ſi huiuſmodi clauſula fuerit ſubiecta, procurator non teneatur cauere de rato, quam cautionem omnino præſtare cogatur procurator, ſi clauſula iſta ſubiecta non fuerit. Hilliger in *Donelli Enucl. libr.* 18. *capit.* 12. *litera Ee.*

Opinionis vero huius fundamenta hæc ſunt. 1. Quia expediti iuris eſt quod libera adminiſtrandi poteſtas per æquipollentia verba concedi poſſit, cum æquipollentium eadem vis ſit & poteſtas *l.22. princip. ff. ad Trebell. l.29.§.5. ff. de lib. & poſthum.* vt ſi plena poteſtas aut arbitrium procuratori permittatur *l.* 10. *Cod. de procur.* aut poteſtas faciendi quicquid dominus facere poſſit, proinde cum clauſula rati liberæ æquipolleat: ſiquidem æquipollentia hæc ſunt *ratum habeo quicquid Titius egerit*; Et, *Do Titio liberam agendi facultatem.* Proinde quo in mandato adiecta eſt hæc clauſula de rato, illud cum libera adminiſtrandi poteſtate erit coniunctum.

2. Ad confirmationem huius accedit textus iuris Canonici in *cap. 8. in verb. procuratoria vel ratihabitionis, de religioſ. dom.* vbi Papa Innocentius literas procuratorias à literis ratihabitionis diſtinguere, ac has plenius quam illas accipere videtur; & quod tranſactio cum priori vel Abbate, qui literas de ratihabitione à capitulo habuit, inita, reſcindi nequeat, expreſſe dicitur in cap. contingat de tranſaction. Proinde literæ de ratihabitione, mandatum cum libera inducunt, cum ſine huiuſmodi vel ſpeciali mandato tranſactio à procuratore facta non valeat *l. Mandato. ff. de procurator. l. tranſactionis. Cod. de tranſactio.*

3. Accedit his textus in *l. 1. ff. de offic. proc. Caſar*, vbi quæ acta geſtaque ſunt à procuratore Cæſaris, ſic ab eo comprobantur, ac ſi à Cæſare geſta ſint: quæ verba, inquiunt, mandatum cum libera procuratori Cæſaris conceſſum intelligi.

4. Ad hæc facit huc textus in *l. ſi procuratorem. 65. ff. de procurat.* vbi hæc quaſi forma procuratorij à ICto Modeſtino præſcribitur, vt in eo nomen conſtituentis procuratorem, conſtituti procuratoris, cauſa & ratihabitionis promiſſio exprimatur: ſed forma debet exacte ſeruari *l.1.§.17. ff. de tranſact. l.4. C. de iure fiſci.*

5. Et quod clauſulà iſtâ *de rato* in procuratorio omiſſa, cogatur procurator, etſi mandatum habeat, de rato cauere, quodque prædicta rati promiſſio, in mandato expreſſa, ſubleuet procuratorem à cautione rati, hac ratione confirmatur, quod etſi dominus in mandatu procuratori mandaſſe cenſeatur, vt ageret, litem conteſtaretur, teſtes produceret, cæteraque faceret, quæ ad cauſam rite legitimeque peragendam requiruntur: non tamen alia mandati iſtius interpretatio eſſe poteſt quam vt rite agat.

Quicquid igitur negligenter imperitene geſtum, id ceu extra mandati fines domino nocere nequit, niſi de omni quod actum fuerit, rati habendo promiſerit. Quod ſi itaque clauſula iſta ratihabitionis abſit, etſi mandatum certo probatum fuerit, ratio tamen exigendæ cautionis non deficiet, ſed periculum erit, ne denuo agat dominus & excipienti aduerſario replicet rem non ex mandato, ſed præter mandatum eſſe geſtam.

6. Idem confirmat quoque *l. 10. C. de procuratorib.* ex qua patet, iudicatum ex fraude doloue procuratoris ita demum reſcindi non poſſe, ſi plena illi poteſtas agendi ſit data. Quare ſi ea non data ſit, cautio rati ad hoc periculum auertẽdum iuſte deſideratur.

Tertia opinio hæc eſt, quod clauſula hæc rati, in procuratorio omiſſa, illud non vitiet; nec, ſi addatur, quicquam operetur, ſed inutiliter plane & otioſe exprimatur. Quam ſententiam pleriſque placuiſſe ſcribit Rauchbarus, quorum etiam longum catalogum allegat. Atque ita à ICtis Wittebergenſibus Anno 84. pronunciatum fuiſſe idem teſtatur. Fundamenta autem huius opinionis hæc adducuntur.

Expreſſio eorum, quæ tacite inſunt, nihil operatur *l. 3. de legat. 1. l. ſi arrogator 22. ff. de adopt. l. 3. vbi Bald. ff. de adopt.* atqui mandato per ſeſe tacite ineſt ratihabitionis promiſſio expreſſa in procuratorio; nihil itaque operatur. Aſſumptio inde patet, quod qui aliquid fieri mandat, hoc ipſo polliceri intelligatur ſe, quod mandauit, ratum eſſe habiturum, quod, inquam, rite ac legitime fuerit actum.

Ego, ſaluo aliorũ iudicio, hanc poſtremam ſententiam omnino amplectendam ac retinendam cenſeo.

Nec obſtare puto, quicquam fundamenta priorum duarum opinionum.

Nam quod ad ea, quæ pro prima adducuntur, ſententia reſpondet ad primum ex *l. 65. ff. de procurator.* deductum Andreas Rauchbarus *d. l. 65.* vel ſatiſdationis modum, qui antiquitati placuit & ad ius vetus referendus eſt, complecti, quo procurator, etſi de mandato doceret, ſatiſdare iubebatur ratam rem dominum habiturum §. *procurator vero. cum ſeq. Inſtit. de ſatiſdat.* niſi dominus permitteret ſe ratum habiturum, quod cum eo actum fuerit. Vel ſpecialem eſſe *dict. l. 65.* de procuratore, qui ab abſente domino per Epiſtolam vel literas ad aduerſarium directas conſtituitur.

Is enim ita demum, velut præſentis procurator interuenire intelligitur, proindeque de rato non cauet, ſi dominus ipſe de rato in literis promiſerit & literæ eius ab aduerſario adprobentur. Sed hæc ratihabitionis promiſſio & cautio, ex parte actoris eiuſque procuratoris, & approbatio aduerſarij neceſſaria non eſt, ſi mandatum actis inſinuetur, vel præſens dominus litis in iudicio apud acta procuratoris ſui perſonam confirmet *dict. §. ſin autem. Inſtit. de ſatiſd. & l. vnic. C. eod. tit.*

Non aduerſatur etiam *l. 60. ff. mandati.* Non enim illic formula præſcribitur procuratorij, quæ ſemper imitanda & obſeruanda ſit, ſed proponitur formula mandati cum libera ac liberrima agendi poteſtate, quæ verbis iſtis *me omnia firma à te eſſe facta exiſtimante & non contradicente tibi ad vllam operationem* continetur.

Similiter nec ſecundæ opinionis fundamenta quicquam ad rem faciunt, ad primum enim facilis eſt reſponſio: nam quod promiſſio rati æquipolleat conceſſioni liberæ adminiſtrationis, nego & pernego: idque ex hoc fundamento, quod

quod ſi hæc admitteretur hypotheſis concideret ſane & funditus euerteretur diſtinctio illa procurationis in liberam & non liberam; & omnis procurator liberam cenſeretur habere adminiſtrandi facultatem, quod tamen ſecus ſeſe habere, & procuratorem duplicis eſſe generis, alium cum libera, alium ſine libera, liquido demonſtraui ſupra ad principium theſis. *l. huius diſput. 9.* Et quanquam fortaſſis hæc æquipollentia ſint: ***ratum habeo quicquid Titius egerit***; & ***Do Titio liberam agendi facultatem***: ſciendum tamen eſt non omnem promiſſionem rati tam amplis concipi verbis, quibus omne quicquid procurator geſſerit, ratum ſe habere dominus polliceatur; ſed verba promiſſionis rati eſſe ad ipſum mandatum reſtricta & in dubio reſtringenda; ita vt dominus promittere cenſeatur ratum habere quicquid à procuratore ex mandato fuerit geſtum; & hoc eſt quod & Rauchbarus reſpondet, clauſulam rati liberæ non æquipollere, ſed pro confirmatione, executione & declaratione præcedentium adiectam exiſtimari.

Ad ſecundum ex ***c. 8. de religioſ. dom.*** petitum, bene quoque reſpondet Rauchbarus, literas ratihabitionis vel de habendo ratum & gratum & procuratorias, vel mandati pro eodem accipi in ***d. c. 8. & c. coram dilecto 34. de offic. & pot. iud. delegat.*** nec ſignificare cum libera, ſed ſpeciale mandatum ad tranſigendum, vel literas de ratihabitione tranſactionis.

Ad tertium reſpondetur, rationalem ſeu procuratorem Cæſaris à lege generalem adminiſtrationem adeoque ampliorem poteſtatem, quam reliquos procuratores habere, illiſque propterea accenſendos eſſe, qui non ſimplex, ſed mandatum cum libera habent.

Ad quartum iam ſupra reſponſum fuit in refutatione primæ opinionis.

Quintum quoque argumentum nobis non magnopere reſiſtit: nam ſi procurator mandatum habet à domino, etſi fines mandati tranſgreſſus perperam aliquid & negligenter geſſerit, non tamen periculum vllum eſt, vt, promiſſione rati inſtrumento procuratorio non inſerta, dominus denuo agat, & cum effectu reum conueniat; quoniam certi & expediti iuris eſt, quod negligentia procuratoris ipſi potius domino, quam alii nocere debet, cum ſibi dominus imputare debeat quod non diligentiorem ac fideliorem conſtituerit procuratorem. Proinde etſi clauſula de rato non fuerit adiecta, ea tamen, quæ male & negligenter geſſit procurator domino nocere debent: non quia mandato hæc continentur; ſed quoniam, vt dixi, in eo culpa eſt domini, quod rem ſuam diligentiori & fideliori non commendauit, vt infra dicetur. Et ſane idem plane dicendum foret, etſi expreſſum mandatum cum libera procuratori à domino eſſet datum; aut clauſula rati expreſſe mandato eſſet inſerta: nec enim verum eſt, quod ſibi Hilligerus imaginatur, quod promiſſio rati ſeſe ad ea porrigat, quæ negligenter perperam imperite & fraudulenter à procuratore geruntur quodque hæc rata habere intelligatur dominus promiſiſſe; refellitur ſiquidem opinio iſthæc lege & ratione. Textus apertiſſimus eſt in *l. 60. §. fin. ff. de mandat.* in qua Scæuola ita ſcribit: *Titio filio ſuo S. Ego quidem ſecundum naturam eſſe exiſtimo pro patre & patris filijs negociari ſine aliqua conceſſionis inquiſitione, ſi autem neceſſitas aliqua talis erit; concedo tibi de omnibus meis, VT VIS, negociari, ſiue vendere vis, ſiue paciſci, ſiue quodcunque operari vt domino omnium meorum, me omnia à te eſſe facta exiſtimante & non contrarium dicente tibi ad vllam operationem.*

Ecce, quamuis hoc loco mandatum

Digitized by Google

Titio cum liberrima poteſtate de rebus paternis diſponendi conceſſum fuiſſet, ſic, vt prout ipſa voluerit ſuper illis diſponere poſſit, idque omne ſeſe ratum habiturum pollicitus fuerit dominus, expreſſe tamen ſubijcit Ictus quod quicquid non adminiſtrandi animo, ſed fraudulenter alienarit vel mandarit, non valere, nec eo vſque mandatum ſeſe extendere ob rationem, quam ſubijcit Ictus, quia pater Titio filio ſuo plene quidem, ſed quatenus res ex fide agenda eſſet, mandarit.

Quin & rationem apertiſſimam confirmare ſententiam noſtram exinde patet, quod adminiſtrare & perdere ſibi ſint oppoſita & inuicem contraria, vt proinde qui bona ſua alij adminiſtranda commiſerit, non intelligatur ipſi permiſiſſe vt perderet ac fraudulenter, negligenter & imperite adminiſtraret, quantumuis liberrimam adminiſtrandi facultatem conceſſerit.

Lit. B. Illud porro in memoriam reuocandum eſt; quod ſupra ſub initium huius diſputationis notauimus, quod mandatum duplex ſit generale; ſeu vniuerſale mandatum, & ſpeciale: Illud eſt in genere vniuerſorum negotiorum: hoc vero vnius alicuius cauſæ ſeu negocij. Etſi vero generale mandatum vniuerſas in ſe cauſas complectitur, ſunt tamen cauſæ quædam, quæ generali mandato non continentur, ſed ſpeciale mandatum deſiderant: tales vero ſunt quæ cum maximo domini præiudicio coniunctæ ſunt, de quibus ita pontifex ſcribit in *capit. 4. de proc. in ſext.* qui ad agendum & defendendum, ac generaliter ad omnia (etiamſi mandatum exigant ſpeciale) conſtituitur procurator, ex vi generalitatis huiuſmodi ad aliquem articulum, in quo ſpeciale mandatum exigitur, admitti non debet. Huius generis eſt TRANSACTIO: hanc enim generali mandato non contineri, diſerte Paulus reſpondit in *l. 60. ff. de Tranſact. Mandato*, inquiens, *generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam, & ideo ſi poſtea is, qui mandauit tranſactionem ratam non habuit, non poſſe eum repelli ab actionibus exercendis.*

Eoque referendum quoque eſt iuſiurandum omne in animam alterius præſtandum: nam & hoc generali mandato non contineri, ſed ſpeciale mandatum deſiderare haut obſcure ſignificat Paulus in *l. 17. ff. de iureiuran.* & de iureiurando propter calumniam in ſpecie hoc profitetur pontifex: *Nullam tibi iudex iniuriam feciſſe cenſetur, qui procuratorem tui aduerſarij conſtitutum ad cauſam habentem ſuper hoc ſpeciale mandatum, admiſit ad præſtandum in ea calumniæ iuramentum. Cod. fin. de iuram. calumn. in ſext.*

Quocirca talem conſtitutionem procuratoris ad iurandum de calumnia in principalis animam, non valere, *Conſtituo Titium procuratorem meum ad iurandum in omni cauſa*, ſed nuncupatim & in ſpecie iuramenti nuncupatiui mentionem in mandato fieri debere concludit Gailius *1. obſeru.* 83. vbi rationem eius hanc adducit, quod in generali mandato ad iurandum non veniat delictum, & generalitas iſta de iuſtis cauſis intelligenda ſit *l. ſi procurator. ff. de condict. indeb.*

Inſuper illis cauſis, quæ non continentur generali mandatu, ſed ſpeciale deſiderant accenſetur quoque in integrum reſtitutio: ſic enim Gaius in *l. 25. §. 1. ff. de minoribus. Si talis interueniat iuuenis, cui præſtanda ſit reſtitutio, ipſo poſtulante præſtari debet, aut procuratori eius, cui idipſum nominatim mandatum eſt, qui vero generale mandatum de vniuerſis negocijs gerendis alleget, non debet audiri.* Lit. D. Queſ. 53. *An reſtitutio in integrum requirat ſpeciale mãdatũ?*

Ratio huius iſtam aſſignat Antonius Faber.

Faber, quod reſtitutionis auxilium ſit extraordinarium & odioſum, quia eo reſcindatur id quod ipſo iure tenet *l. 19. ff. de minor.* atque ita mutatam voluntatem eſſe oportet cū petitur reſtitutio; mutatio autem voluntatis nunquam præſumitur, ſed probanda eſt ab eo, qui allegat *l. 22. ff. de prob.* præſertim in ea re, quæ rite facta eſt *arg. l. 27. verſ. quod enim. C. de teſtam.* Igitur cum reſtitutio non detur niſi expreſſe petenti ac mutatam voluntatem allegandi, neceſſe eſt vt vel à minore ipſo petatur, vel ab alio, qui habet ſpeciale mandatum, quę ratio Duareno quoq; arridet.

Et quanquam Duarenus in *tit. Cod. etiam per procuratorē cauſæ.* aſſerat, procuratorem habentem liberam omnium bonorum adminiſtrationē & generale mādatum, non ſufficere ad petendam reſtitutionem in integrum, ipſi tamen adſtipulari non poſſum propter ea quę ſub finem huius theſis dicentur: non obſtante *d. l. 25. §. 1.* nam textus iſte reſtringi debet ad procuratorem vniuerſorum bonorū ſine libera. *arg. d. cap. qui ad agendum 4. de procurat. in ſext.*

Lit. E. Speciale præterea mandatum requirit dilatio quarta eiuſdemq; prorogatio: etſi enim, vt ſupra oſtenſum fuit in *diſput. 5. theſi 11.* quarta dilatio concedi non ſoleat, niſi grauis aliqua & prægnans ſubſit ratio, quæ eam dari ſuadeat, ad eam tamen impetrandam vt & prorogandam, opus eſt procuratori ſpeciali mandatu; idque propterea, quia ſuper dilatione quarta impetranda iuramentum præſtandum eſt: ad hoc vero deſiderari ſpeciale mandatum, paulò ſupra eſt demonſtratum. Gailius *1. obſeruat. 91.* & quanquam Mynſinger. *1. obſeru. ſing. 70.* Ad impetrandam quartam dilationem non requiri ſpeciale mandatum ſtatuat, ſed generale ſufficere aſſerat, quia non enumeratur inter caſus, qui ſpeciale mandatum exigunt, in *cap. qui ad agendum, de procurat. in ſext.* Atq; ita in Camera in cauſa Wirmundt contra Kall anno *1543.* in cauſa *Langen* contra Mulich anno 1544. Item in cauſa Vndemunt contra Vndemunt anno 155[illegible] iudicatum referat.

Contrarium tamen quandoque obſeruatum fuiſſe, atque hanc opinionem æquiorem eſſe ob prædictam rationem teſtatur. Cui ſententiæ vtpote receptæ & ego ſubſcribo; nihil motus ratione in contrarium adducta: ſiquidem in *d. cap. qui ad agendum.* non omnes cauſæ recenſentur, quæ ſpeciale mandatum deſiderant, ſed quædam duntaxat illarum exempli gratia ſubiiciuntur. Nam vt dictū eſt, reſtitutio quoque in integrum deſiderat ſpeciale mandatum, & tamen in iſto capitulo non refertur.

Cæterum quod hactenus dictum eſt generale mandatum non ſufficere ad ea negocia quæ ſpeciale requirunt mandatum, id neceſſario intelligendum eſt de eo generali mandato, quod liberam adminiſtrationem annexam non habet: alioquin generale mandatum cum libera etiam omnia iſta, quæ ſpeciale mandatum poſtulat, complectitur: id quod claris admodum ac perſpicuis verbis ſignificat pontifex in *dict. cap. qui ad agendum 4. de procurator. in ſext.* vbi ait: *Procurator quoque abſque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere vel paciſci non poteſt, niſi ei bonorum vel cauſæ adminiſtratio libere ſit conceſſa.*

Idemque ICtus quoque ſtatuit in *l. 17. §. fin. ff. de iureiur.* vbi procuratorem vniuerſorum bonorum cum libera comparat ei, qui ſpeciale habet mādatum de iureiurando deferendo.

Denique prædicta tunc quoque locum non habent, ſi mandato aliquis vel aliqui de articulis, ſpeciale mandatum exigentibus, ſpecificati fuiſſent, adiecta clauſula generali: tunc enim procurator ad non expreſſos caſus & articulos admittetur, *dict. cap. qui ad agendum 4. de procurat. in ſext.*

Digitized by Google

RESOLVTIO THESIS Nonæ.

Lit. A. MAndatum procuratorium nõ præſumi ſed probari debere certi & indubitati iuris eſt. Præterquã enim, quod omnes vnanimi voto Doctores in hanc deſcendunt ſententiam, in *leg. ſciendum de verb. obligat.* probatur quoque euidentiſſimis rationib⁹. Primo enim expeditum eſt, ea quæ facti ſunt, non præſumi, ſed probari oportere *l. in bello §. factæ. ff. de captiu. & poſtlim. reuerſis.* Mandatum vero facti eſſe & in facto conſiſtere, æque certum eſt, omneſq; facile largiuntur. Proinde mandatum non præſumi, ſed probari debere dicendum eſt.

2. Accedit præterea quod nemo præſumatur habere officium, niſi probetur *l. prohibitum C. de iure fiſci.* Atqui procuratio, præſertim iudicialis, de qua hoc loco agitur eſt officium & quidem munus publicum *l. fœmina. 2. ff. de Reg. Iur.* Quocirca mandatum procuratorium, ſeu procuratio probari debet.

3. Quin etiam nemo præſumitur ius habere in re aliena, niſi probetur *l. ſiue poßidetis. C. de probation.* vt ita mandatum, quod quis ſe habere aſſerit, probare teneatur.

Probatur autem procuratorium mãdatum inſtrumentis & teſtibus: inſtrumentis, inquam, publicis, vel priuatis.

Publicis inſtrumentis probatur mandatum, quando apud acta procurator cõſtituitur: hoc autem tunc fit, cum quis apud iudicem vel iudicij ſecretarium, pro more cuiuſque iudicij, teſtatur, quod hunc vel illum procuratorem habere velit, Vult. in *Iuriſpr. Rom. lib. 2. cap. 30. num. 26.* & petit id actis inſinuari *§. ſin autem 3. Inſtit. de ſatiſdat.* 2. Si præſens procuratorem confirmauit litigans; quoniam & hoc in acta redigi ſolet. 3. Si in libello, principi oblato, profeſſus ſit litigans, ſe hunc ſibi velle procuratorem eſſe in iudicio *l. 21. ff. Rem ratam hab.* quoniam & hic libellus ſit pars actorum. 4. Si inſtrumentum actis iudicij inſinuatum eſt, etſi id à domino non præſente, ſed longe abſente per procuratorem fuerit factum, vt hodie moris eſt atque in iudicio receptum. Donell. *18. comm. 13.*

Probatur deinceps mandatum inſtrumentis priuatis, cum inſtrumentum ſuper mandato à Notario facto exhibetur: eiuſque fundamentum eſt in *leg. 65. ff. de procuratoribus.* Lit. B.

Quanquam non ſit neceſſarium inſtrumentum ad ipſum aduerſarium dirigere, vt proponitur in *d. l. 65.* ſed ſufficiat indefinite eſſe conceptum, ipſique procuratori in iudicio exhibendum eſſe traditum, prout hodiernus iudiciorum vſus id ſatis ſuperque comprobat, ipſum autem originale exhibendum eſt vt plenam faciat probationem.

Denique & teſtibus probari mandatum procuratorium, dictum eſt; teſtibus, inquam, idoneis, fide dignis & ad minimum duobus, qui plenam & perfectam aliâs faciũt probationem, in quorum præſentia voluntatem ſuam dominus litis procuratori accommodarit, ſeque litem ipſi adminiſtrandam committere dixerit. Lit. C.

Et ſane cum aliâs ad omnem actum probandum duo ſufficiant teſtes, ratio dari nulla poteſt, cur non & mandatum procuratorium duobus teſtibus comprobari poſſit. Atque hanc quoque ſententiam communiter receptam & probatam eſſe cum Boerio *deciſ. 181. num. 1.* teſtatur Autor noſter.

Etſi vero idem Autor noſter opinetur, non requiri neceſſario plenam mandati procuratorij probationem, ſed ſemiplenam ſufficere: quia tamen & ſupra oſtẽſum fuit ſemiplenam probationẽ in iure pro nulla haberi; cum imperfectum & nullum pari paſſu procedãt *§. pen. Inſt. quib.* Lit. D.

quib.mod.teſt.infirm. & l 9.C.de teſtibus, vbi dicitur quod vnius teſtis teſtimoniũ ne quidem audiri debeat. Et infra quoque liquido probabimus, ꝙ ſemiplena probatio merum ſit interpretũ iuris & pragmaticorum figmentum; idcirco quotiens mandati exigitur probatio, alia intelligi nõ debet, quam plena & perfecta probatio, quæ ſcilicet fiat inſtrumẽto publico actis inſinuato; inſtrumento priuato à notario, adhibitis teſtibus confecto; vel inſtrumento manu domini conſcripto, vel ſubſcripto ipſiuſque ſigillo confirmato: aut deniq; teſtibus idoneis, ſufficiẽtibus, fide dignis, ad minimũ duob⁹.

Et quãquam Autor noſter ſemiplenæ mandati procuratorij probationi hũc tribuat effectum, quod præſtita cautione rati, is, qui ſemiplene mandatũ probauit, admittatur; tamẽ cautionem de rato etiã tunc recipi, ſub eaq; procuratorẽ admitti ſupra oſtendim⁹, quãdo neq; plene, neq, ſemiplene mãdatũ probatum eſt, ſed dubitatur, vtrum ſit ei mandatum, an non.

Probationis ſane mandati perfectæ ac plenę hic effectus eſt, vt releuet procuratorem ab onere præſtandæ cautionis rati, qua de re dictum eſt ſupra.

Eius regulæ, quam ſub initium huius theſis præmiſimus, quod mandatũ non præſumatur, ſed probetur, variæ adducuntur exceptiones ac limitationes, quas cõſiderare & examinare operæ precium videtur.

Qu. 54. *An mandatũ præſumatur ex domini præſentia & taciturnitate?*

Et primo tunc fallere iſtam regulã mãdatumq; pręſumi aiunt, quando interuenit ſcientia, præſentia & patientia domini, vt ſi dominus præſens ſit in iudicio & cauſas ſuas ab alio tractari videat, & patiatur nec contradicat.

1. Quia regula trita eſt ac vulgaris, ꝙ quotiens quis contradicendo poteſt impediri actum, ſi præſens ſit, & non contradicat, intelligatur actum ſuo ſilentio & præſentia confirmare *cap.22.de ſentent. & re iudicata.* Atqui in iudicio dominus præſens & ſciens contradicendo poteſt impedire ea, quæ ipſius nomine à procuratore aguntur. Proinde ſi præſens non contradicit, cenſetur ratificare omnia illa, quæ à procuratore in iudicio geruntur.

2. Accedit ſecundo textus expreſſus in *l.18.ff.mandat.* vbi ICtus Paulus ſcribit, quod is, qui patitur alij mandari, vt ſibi credatur mandare intelligatur: vbi notãdum quod verbum *intelligitur* non ſignificet fictionem, ſed præſumptionem denotet, vt in *l.Mulier.ff.de reb.dub.*

3. Quin & manifeſtiſſimi iuris eſſe videtur, quod ex præſentia, taciturnitate & ſcientia eius, qui contradicere potuit, colligatur & præſumatur conſenſus *l. 14. ff. de locat.* in qua Vlpianus: *Qui*, ait, *ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus eſt*: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo eſſe, ex integro locare. Idque ipſum Seuerus quoque & Antonius Imperatores comprobant, dum in *l.1.C. de remiſſion. pignor. Si te manumiſſum & in libertate moratum, ſciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris, præſidi probaueris; ex conſenſu creditricis remiſſam creditricis obligationem apparebit, & per hoc iure remiſſum &c.*

Ex his itaque concludendum videtur, quod ſciente, patiente & præſente domino res ipſius ab aliquo in iudicio agantur, mandatum pręſumatur procuratori à domino datum, quæ præſumptio releuet ab onere probandi procuratorem, vt & à cautione rati præſtatione.

Cæterũ pro contraria ſententia, quod nempe dominus, etiamſi præſens in iudicio patiatur cauſam ſuam ab alio agitari, nec contradicat, non præſumatur agẽti procuratori dediſſe mandatum, militant argumenta minime contemnenda.

Primo enim certiſſimi & indubitati iuris eſt, quod in præiudicialib⁹, hoc eſt, iis, quæ præiudicare ac nocere domino poſſunt,

ſunt, præſens & tacens non præſumitur conſentire *l. inuitum. 5. ff. de ſeruitut. vrban. & l. 8 §. 1. ff. de procurat.* vbi ICtus ſcribit: *Inuitum procuratorem non ſolere dari: inuitum autem accipiendum non eum tantum, qui contradicit: verum eum quoque qui conſenſiſſe non probatur.* Ergo & is, qui non contradicit interdum pro diſſentiente, ſiue non conſentiente habetur, quando ſcilicet de præiudicio eius agitur.

Eodemque ſpectat & vulgaris regula iuris, quod is, qui tacet, non vtique fateatur *l. 142. de R. Iur.*

Atque hanc ſententiã præ altera priori eſſe retinendam & amplectendam puto, nihil motus argumentis pro contraria opinione adductis.

Quod enim ad primum reſpondetur, maiorem eius propoſitionem non eſſe vniuerſalem nec perpetuo veram, ſed ſub diſtinctione neceſſario accipiendam: diſtinguendum quippe eſt, vt ſiquidem actus, quem tacens gerere patitur, nec cõtradicit, ſed tacet, ad commodum & vtilitatem illius, cuius nomine geritur, ſpectet, tunc tacens & patiens pro conſentiente habeatur, eoq; ſpectent fundamẽta iuris adducta; ſin vero talis ſit actus, qui ad tacentis & patientis certum, ac manifeſtum præiudicium ſpectet, aut etiã ipſi detrimento cedere poſſit, tunc tacens ac patiens non habeatur pro conſentiente.

Iam vero id quod à procuratore in iudicio geritur, tale eſſe vt damno domini cedere poſſit, cum litis euentus dubi9 per ſe ſit ac incertus, & fieri poſſit, vt procurator parum fidelis, prudens aut diligens negligenter, perfide & imprudenter cauſam domini adminiſtrat, nemo ſane eſt, qui non intelligat. Non itaque præſumitur dominus ſciens & patiens rem ſuam per alium geri, & mandatum dediſſe.

Minus ad rem facit *l. 18. ff. mandati.* cur enim patientia ac ſcientia illîc pro mandato habeatur, ratio eſt, quod tacentis commodum manifeſtiſſimum in caſu illîc propoſito, mandatum ſpectarit: caſus enim ibi huiuſmodi proponitur, quo Titius Sempronio mandabat, vt mihi pecunia indigenti crederet; ego præſens tacui non contradixi, nec prohibui quominus à Sempronio mihi pecunia crederetur, idcirco perinde habetur, ac ſi ego mãdaſſem Sempronio vt pecuniam crederet.

Ad poſtremum reſpondeo, etiam tunc demum ex ſcientia, & præſentia & patientia colligi conſenſum ac mandatum præſumi, quando res non eſt obfutura, ſed profutura tacenti, quoniam nemo præſumitur ſuum temere iactare & perdere velle: atqui in conſtitutione ac mandato procuratoris ſecus ſeſe rem habere, manifeſtiſſimum eſt. Quocirca ſic firmiter erit ſtatuendum, mandatum procuratorum, ne quidem eo caſu præſumi, quæ præſens dominus paſſus eſt ab alio ſuum geri negocium, nec gerenti contradixit.

Secundo mandatum pręſumptum induci volunt ex ſola temporis diuturnitate, vt ſi à viginti annis litigauerit alterius nomine, tunc tanto tempore elapſo admittatur ſine mandato, & abſque rati cautione. Qu. 54. *An ex ſola temporis diuturnitate præſumatur mãdatũ?*

Cuius ſententiæ fundamentum conſtituunt primo in *l. fin. ff. pro emptore,* vbi frater præſens, abſentis cauſam agens, fundumque poſſidens dicitur per longum tempus vſucepiſſe, ſi credidiſſet mandatum ſibi à fratre fuiſſe.

2. Deinde ſuam hanc ſẽtẽtiam probare nituntur ex *l. ſi filius. C. de petit. heredit.* in qua aſſeritur quod ſi filiusfamil. delatam ſibi hereditatem per longum tempus detinuerit; eo ipſo, vtpote agnita hereditate, patri ſuo eius commodum acquiſiiſſe videri.

3. Adducitur quoq; fundamenti loco *cap. ſuper quibuſdam §. præterea. de V. Signific.*

4. Stabilit etiam ſententiam hãc ratio, vt videtur, manifeſtiſſima; quod ſcilicet

in

in his, quæ ſunt difficilis probationis, cõiecturæ ſufficiant *l. Non omnes §. à barbaris ff. de re militari.* At difficilis probationis eſt mandatum procuratoriũ, quapropter coniecturæ in eo probando ſufficiunt.

Secunda opino eſt illorum qui ſtatuunt & opinantur, ſi res, qua de agitur, parui ſit præiudicij, tum tẽporis diuturnitatem præſumptũ inducere mandatũ. Quæ opinio mera nititur cõiectura, nec ratione vlla iuris innititur.

Tertio Author noſter cum aliis ab ipſo allegatis diſtinguit, vt ſi alia quæpiam coniectura concurrat cum temporis diuturnitate & antiquitate, tum mandatum præſumatur: ſin minus mandatum præſcriptione longi temporis non inducatur.

Sed & hæc opinio omni fundamento deſtituitur & ſola Dd. traditione & autoritate fulcitur, vt apud Menochium, huius opinionis patronum videre eſt *2. præſumpt. 33. n. 18.* lubrico ſane & arenoſo fundamento: erubeſcendum ſiquidem eſt ſine lege loqui, nec videndum quid ſtatuant iuris Dd. ſed quid ex iuris fundamentis ſtatuere debeant *arg. l. 1. §. 6. C. de iure vet. enucl.*

Quapropter, his reiectis opinionib⁹, indiſtincte negandum cenſeo vllius temporis diuturnitate, quantumuis longiſſimi, mandati præſumptionem induci.

Nam quæ facti ſunt, ea non præſumuntur ſed probantur *leg. in bello §. facta. Digeſt. de captiu. & poſtlimin. reuerſ.* at facti eſſe mandatum, negari non poteſt. Quocirca non præſumitur vlla ex cauſa, ſed probationem liquidam deſiderat.

Accedit quod tempus, etiam longiſſimum, non ſit modus inducendæ obligationis vel tollendæ *l. obligationum fere. §. placet. Digeſt. de obligat. & act.* conſtitueretur autem modus inducendæ obligationis, ſi induceret longi temporis præſcriptio mandatum, cum hoc ſit contractus, vnde obligatio naſcitur *tot. tit. Inſt. de oblig. ex conſenſu.*

Et quanquam Menochius reſpondeat huic argumento, quod licet tempus non ſit modus inducẽdæ obligationis de nouo; attamen aptum eſſe, vt præſumatur illa ab initio interueniſſe, ſicut dicitur ſolennitatem extriſecam præſumi ex tẽporis diuturnitate *c. peruenit. de empt. & vend it.*

Reſpond. Veruntamen hæc reſpõſio noſtrum fundamentum minime infringit; ſiquidem temporis diuturnitatẽ præſumptionem inducere obligationis, nũc in controuerſia eſt, ac proinde non præſupponi, ſed probari hoc oportebat: maxime cum etiã omnes contractus & obligationes magis facti ſint quam iuris ac propterea præſumi non debeant.

Nec mouent quicquã argumenta pro prima opinione adducta, quibus demõſtrare nituntur, quod præſcriptio longi temporis faciat præſumi mandatum.

Ad primum ſiquidem reſpondeo in caſu *d. l. fin ff. pro empt.* non præſumi ex diutina poſſeſſione mandatum, ſed hoc duntaxat ſtatui quod Titius bona fide emens fundum totum atque ſic etiam abſentis fratris partem vſucapiat, ſi ipſe Titius crediderit fratrem præſentem mandatum habuiſſe à fratre abſente de fundo diſtrahendo, atque ita poteſtatem ei fuiſſe diſtrahendi totum fundum, etiã pro fratris abſentis parte, nam hæc opinio hactenus ipſi proficit, vt licet mãdatum nullum habuerit frater, ipſe tamen Titius emptor in bona fide fuerit; ſiquidem bonę fidei poſſeſſor dicitur, non ſolum qui putat venditorem eſſe dominũ, ſed etiã qui credit ipſum diſtrahẽdi facultatem habuiſſe *pr. Inſt. de vſucapionibus.*

Aliter reſpondet Menochius, videlicet Scæuolam loqui conditionaliter, ſi crediſiſſet mandatum adfuiſſe: non igitur in ſolo temporis curſu eum conſtituere fundamenrũ, ſed in aliis coniecturis,

ris, quibus ille emptor probabiliter crediderit, vēditorem illū habuiſſe mādatū.

Ad ſecundum ex *d.l.ſi filiusfam.C.de hered.petit.* deſumptum, reſpōdeo, filiumfam. illîc patri lōga & diuturna poſſeſſione acquiſiuiſſe commodum hereditatis poſſeſſæ, nō quia de eo præſumatur à patre habuiſſe mandatum, ſed ideo potius quia filius acquirit commodum bonorū aduētitiorum *tit. Inſt. per quas perſonas nobis acquirit.* Deinde quia filiusf. eſt è numero coniunctarum perſonarum, quæ pro coniunctis etiam ſine mandato admittuntur *l.exigendi 12.C de procurator.*

Iacobus Menochius reſpondet in caſu *d.l.ſi filiusf.* adfuiſſe quaſi poſſeſſionem vna cum curſu temporis.

Ad tertium reſpondet prædictus Menochius *d.cap.ſuper quibuſdam.* vel nihil ad rem facere, vel loqui quando cum longo tempore, quaſi poſſeſſio concurrit. Et ſane, vt ingenue dicam, quod de hoc fundamento ſentio; non reperio quicquam in eo, quod contrariam adſtruat ſententiam, & ex quo euinci poſſit, quod ex lōgo tempore mandatum præſumi debeat.

Ad quartum & vltimum non eſt difficilis reſponſio: primo enim negatur mādatum eſſe rem difficilis probationis, vt quod vel inſtrumentis, vel teſtibus facilime probari poſſit; prout ex prædictis cōſtat. Præterea temporis diuturnitatem eſſe coniecturam huiuſmodi, ex qua colligi poſſit mandatum, negatur & pernegatur, & dum hoc à patre contraria, tanquam principium aſſumitur, petit manifeſte principium.

Ex his itaque clareſcere videtur, quod mandatum nulla præſumptione, ex temporis diuturnitate nata, inducatur, ſed liquidam legitimamque probationem deſideret.

Qu. 55. *Si pars aduerſa initio nō ex-* *egerit mādatū, an iudex ex officio exigere poſſit?*

Quod ſi pars aduerſa ſub initium litis mandatū non exegerit, ſtatuit Autor noſter, quod iudex ex officio exigere mandatum, & procuratorem, non exhibentē mandatum à limine iudicij repellere poſſit. Quam ſententiam vſu obſeruari & comprobari, ipſe teſtatur. Pro eaq; fundamētum eſt in *l.24.C. de procurat.* in qua Impp. in hæc verba reſcribūt: *Licet in principio quæſtionis perſona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negocium mandatum domino litis habeat, ſi tamen falſus procurator inueniatur, nec dici controuerſia ſolent, nec poteſt eſſe iudicium.*

Ex qua ſanctione Imperatoria ſatis relucet, quod iudex ipſe inquirere debeat in perſonam procuratoris, vtrumne idonea ſit ad ſuſtinendum onus procuratoris, & ſi deprehēdatur talis, quæ hoc munere fungi nequeat, ne iudicium reddatur eluſorium, repellendum eſſe.

Et ſane, cum, vt Imperatores hîc reſcribunt, nec cōtrouerſia decidi, nec iudiciū eſſe poſſit, ſi falſ' ſit procurator, ſatis perſpicue ſignificant, ad iudicis ſpectare officium, vt ipſe inquirat in perſonam procuratoris, mandatum, ſine quo procurator conſtitutus, falſus dicitur exigat, eoque deficiente, à iudicio remoueat procuratorem iſtum.

Nec refragatur huic quicquam *l.39. §.3.ff.de damno infect.* vbi Pomponius: *Alieno* inquit, *nomine ſtipulari ita licet, vt quod damnū datum domino ſit comprehēdatur, cauere autem debet is, qui ſtipulabitur, dominum ratam rem habiturum, exceptioq́; procuratoria ſtipulationi inferenda erit, ſicut in ſtipulatione legatorum, quod ſi ei non cauerit, mittēdus eſt in poſſeſſionem procurator omnimodo, vt ei exceptio procuratoria non noceat.*

Ex quo infertur quod cum procuratoria exceptio nō noceat procuratori falſo, poſtquam de rato cauit, non poſſit repelli procurator falſus à iudicio.

Reſp. Hoc, inquam, noſtræ ſententiæ non refragatur: ſiquidem nulla eſt conſequentia in argumēto propoſito; vt quod à ſeparatis concludat: etenim cur procuratoria exceptio hic nō noceat falſo procuratori, ratio eſt, quia exceptio hæc eius

eſt.

Digitized by Google

eſt naturæ vt poſt præſtitam cautionem rati amplius obiici nō poſſit: quin & poſt litem conteſtatam opponi non poteſt, vt quæ ſit iudicij dilatoria *d. l. 24.* Veruntamen ex hoc non ſequitur quod iudex ex officio non poſſit falſum procuratorem à iudicio remouere, cum ipſius quoque iudicis intereſſe in eo verſetur, ne videlicet diuexetur iudiciumq; eluſorium reddatur: atque hanc reſponſionem mire confirmat *d. l. 24. C. de procurat.* vbi Imperatores expreſſe reſcribunt, quod etſi initio litis & antequam lis fuerit cōteſtata, in perſonam procuratoris ſit inquirēdū, ſi tamen & poſtea falſus deprehendatur, renouendum illum eſſe vt iudicium valere & controuerſiæ dici poſſint.

Qu. 56. *An ſentētia in procuratorē falſum lata praiudicet domino?*

Etſi porro regulare ſit, quod executio ſententiæ aduerſus procuratorē latæ nō fiat in procuratorem, ſed in dominum, vt mox in explicatione *theſis 11.* oſtendetur: tamen ſi procurator falſus fuerit, hoc eſt, ſi vel mandatum nullum habuerit, aut à non idonea perſona habuerit, aut reuocatum habuerit mandatum, ſententia ipſi domino nocere aut præiudicare non debet.

Hoc quippe claris ac perſpicuis verbis expreſſit Alexander Imperator in *l. 1. C. quib. res iudic. non nocet. Si,* inquiens, *neque mandaſti fratri tuo defenſionem rei tuæ, neq; quod geſtum eſt ratum habuiſti præſcriptio rei iudicatæ tibi non oberit, & ideo non prohiberis cauſam tuam agere ſine præiudicio rerum iudicatarum.*

Atque hoc etiam haut obſcure cōfirmat *l. 24. C. de procurator.* vbi dicitur, quod ſi falſus fuerit procurator nec cōtrouerſia dici, nec iudicium eſſe poſſit. Proinde ſi iudicium non eſt vbi procurator falſus interuenit, vtique nec ſententia erit vllius momenti.

Et ſane ratio ipſa ſuadet hoc caſu dominum non teneri actione rei iudicatæ, cum hæc actio ex quaſi contractu deſcēdat, cum iudicio quaſi contrahatur: dici autem non poſſit contraxiſſe iudicio, qui neque per ſe egit, neque per alium, ſeu procuratorem.

Illud equidem indubium eſt, quod ſi procurator à domino habuerit mādatū, ſed mutilum & imperfectum, quamuis & hic falſus ſit procurator, ſentētiā tamē, aduerſus hūc latā, in dominum executio fiat, quoniam ipſi dn̄o & nō procuratori imputari poteſt, quod mandatum huiuſmodi imperfectum procuratori dederit.

Qu. 57. *An ſentētia in falſum procuratorē lata præiudicet falſo procuratori?*

Verum enim vero etſi ſententia contra falſum procuratorem lata nulla cenſeatur eſſe, quoad præiudicium domini ſui principalis ſic vt ipſi non præiudicet, non noceat: non tamē omni ex parte eſt nulla, quia valet in præiudicium procuratoris falſi qui actione iudicati conueniri poteſt.

Expreſſum hoc eſt primo in *l. 4. pr. ff. de re iudicata,* in qua Vlpianus ſi ſe non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur & in dominū dabitur; ſi ſe obtulit, in ipſum dabitur, idemque ex *l. 61. ff. de procurat.* clareſcit, in qua Paulus: *Procuratorem,* ait, *damnatum non debere cōueniri, niſi in rem ſuam datus eſſet, aut obtuliſſet ſe, cū ſciret cautum non eſſe, omnibus placuit.*

Et ratio huius euidens eſt, quod nempe excipiēs ſe falſum procuratorem fuiſſe, propriā allegaret turpitudinem: Quin & ſi debet imputare, quod rei ad ſe non pertinenti temere ſe immiſcuerit *l. 36. ff. de Reg. Iur.* De ſe igitur, non de alio queri debet.

Nec obſtat, quod dicitur in *d. l. 24.* nullum eſſe iudiciū ſi falſus ſit procurator, ex quo ſequi videtur nec ſententiam reſpectu procuratoris falſi vllius eſſe momenti, nec in procuratorem executioni demandari poſſe.

Reſp. Quod enim nullum dicitur iudicium, hoc non ita ſimpliciter & abſolute accipiendum, ſed ex parte principalis, intelligendum eſt.

Fallit autē hæc doctrina, ſi iuſto erro-

re deceptus procurator crederet ſe habere mādatum, quod non habuit, vt docet Bartolus in *l. de pupillo. § final. ff. de oper. nou. nunc.*

Idemq; & tum obtinere tradit Zaſius cum iniuſto errore ductus credidit ſe habere mandatum; idque propterea quia ſemper dicatur ſe non obtuliſſe liti, qui iniuſto errore credit ſibi eſſe mandatum.

Ad cuius opinionis confirmationē & hæc ratio accedit, quod error facti in damnis nemini obſit *l. 4. ff. de iur. & facti ignorantiæ*: proinde error hic facti procuratoris, exiſtimantis ſibi eſſe mandatum, non debet nocere procuratori falſo, hactenꝰ vt in ipſum ſentētiæ executio fieri poſſit.

Sed ego plane in ea ſum ſententia, quod procurator, ſi iniuſto errore mandatum ſibi eſſe credens, iudicati teneatur, inque ipſum fieri poſſit rei iudicatæ executio; quoniā enim hic eſt facti proprij qui ſupinus & non ferendus dicitur *leg. 6. ff. de facti ignor.* nec vllam excuſationem meretur.

Nec obſtat prior ratio Zaſij, quod nō credatur ſe liti obtuliſſe, qui errore etiā iniuſto ductus abſque mandato ad iudicium procurator venit: hoc enim ipſi videtur Zaſio repugnare: eum ſiquidem dicit iudicio ſeſe obtuliſſe, qui ſine mandato pro reo comparet & litigat, quique aſſerit ſe habere mandatum cum nullum haberet: hanc vero deſcriptionem competere & illi, qui iniuſto errore opinatus eſt ſe habere mandatum.

Altera ratio minus ad rem facit: nam error facti excuſat in damnis, prodeſt etiam in lucris, ſi nō ſit craſſus & facti proprij: at talis eſt error, quo quis putat ſibi eſſe mandatum, cum tamen nullum mādatum haberet.

Proinde, ſi fatendum quod ſentio, plane à Zaſio diſſentio, & nullum errorem, quo quis ſibi mandatum eſſe opinatur, procuratorem excuſare ſtatuo, quominꝰ in ipſum ſententia feratur.

Illud vtique lubens admitto, & fateor, quod ſi procurator habuerit à domino aliquod mandatum, ſed imperfectum & mutilum, quod ipſe perfectū eſſe exiſtimet, errorem hunc ipſi non nocere, neq; hoc caſu in procuratorem, ſed in dominum ſententiæ executionē fieri debere.

Limitat & Zaſius prædictam regulā, vt non procedat ſi actor ſciat falſum iſtū procuratorem nullum habuiſſe mandatum, quoniā hoc caſu falſus procurator neminem deceperit & actor, à ſe ipſo deceptus fuerit, qui ſciuerit defectū, & nihilominus proceſſerit: proinde hoc caſu putat contra offerentem ſe liti non cōpetere executionem ſententiæ. Sed de his plura in *ſequenti theſi 11.*

RESOLVTIO THESIS *Decimæ.*

Lit. A. Qu. 58. *An mandatum finiatur ſola mandāti reuocatione?*

POſtquam hactenus dictum eſt, quomodo procuratio rite ac legitime cōſtituatur, ſequitur vt oſtendamus quibus modis recte conſtituta finiatur?

Et primo quidem finiri mandatū procuratoriū reuocatione qua dominus mādatū reuocet, dubium nullum eſt: ſiquidē hæc natura eſt cuiuſque mandati vt reuocabile ſit & reuocatione, à domino facta, finiatur & extinguatur: ſic enim Iuſtin. in *§. Recte 9 Inſt. de mādato*, Recte quoq; mādatum cōtractum, ſi dum adhuc integra res eſt reuocatum fuerit, euaneſcit.

Et in ſpecie de mandato procuratorio ſcribit Modeſtinus, quod ſi dominus poſtea, mulctata volūtate, procuratorē eſſe noluerit, tamē iudicium, quo procurator expertus eſt, ratum eſſe debeat, in *l. 65. ff. de procurator.* Et Vlpian. in *l. 12. § 16. ff. mādati*: *Si mandauero*, inquit, *exigendam pecuniam; deinde volūtatem mutauero: an ſit mādati actio vel mihi, vel heredi meo? & ait Marcellus ceſſare mandati actionem, quia extinctū eſt mandatum, finitā voluntate.*

Neque huic reſiſtit quod contractus conſenſuales, hoc eſt, illi contractus, qui vtriuſ-

vtriuſque voluntate & conſenſu perficiuntur, non niſi mutua voluntate rurſus diſſoluantur *argum. §. 4. Inſtitu. quib. modis obligatio ſoluitur.* cum ſecundum naturam ſit, vt quomodo vnumquodque contrahitur, eodem etiam modo diſſoluatur.

Item quod omnis contractus initio ſit voluntatis, ex poſt facto vero efficiatur neceſſitatis *l. ſicut C. de obligat. & act.* adeo vt ab emptione venditione, quæ itidem nudo conſenſu perficitur, alterutro inuito, recedi non poſſit, ne quidem ex reſcripto Imperatoris *l. 3. Cod. de reſcind. vendit.*

Reſpond. Nam diuerſa ratio eſt mandati & cæterorum contractuum; quia mandatum idcirco licitum eſt reuocare, quia pertinet ad ſolius mandantis & non etiam ad mandatarij vtilitatem, cum ſit gratuitum *§. 13. Inſtit. de mandato.* Quia itaque nihil quicquam mandatario præiudicatur vel damni infertur reuocatione iſta, ratio ſane nulla eſt cur mandans pœnitere ac mandatum reuocare prohibeatur.

Accedit quod ex mandatu obligatio non naſcatur, nec mandans mandatario obſtringatur, priuſquam exequi cœperit mandatum. Quæ itaque ratio eſſet, quæ prohiberet mandatum reuocare?

Qu. 59. *Quid ſi pacto conuenerit vt mandatũ non reuocetur?*

Atque hoc quod diximus mandatum reuocari poſſe etiam altero inuito, vſque adeo verum eſt, vt quamuis pacto inter procuratorem ac dominum, conuenerit ne vnquam mandatum reuocetur; eo tamen pacto non obſtante, nihilominus mandatum reuocari, repugnante quantumuis mandatario, poſſit.

Quamuis enim alias pactum ſeruari debeat *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtitut. pecun.* hoc tamen pactum de non reuocando mandato procuratorio iccirco non valet, nec ſeruari debet, quia contra ſubſtantiam eſt & naturam contractus mandati. Naturale hoc, quippe eſt & eſſentiale mandato, vt pœnitente mandatore reuocari poſſit *d. §. 9. Inſti. de mandato.* Sic etiam quia precarium ſua natura reuocabile eſt, & quocunque tempore à concedente reuocari poteſt, non valet conuentio de precario ad certum ſaltem tempus non reuocando.

Nec repugnat huic aſſertioni, quod dicitur in *l. 4. ff. de procurator.* quod procurator in perpetuum dari poſſit. Reſpond. Nam in perpetuum ibi dari procurator dicitur, non qui ſic datur vt nullo tempore reuocetur, ſed qui datus eſt non ad certum tempus, ſed ſine vlla temporis præfinitione, vt tandiu maneat donec reuocetur *argum. l. 1. ff. pro ſocio.*

Qu. 60. *Quid ſi iuratũ ſit pactum?*

Sed quid ſi iuramentum acceſſerit, quo iuratum fuerit non ſe reuocaturum eſſe mandatum; Anne & tunc reuocari poterit mandatum, mandatario repugnante?

Equidem multi, præſertim vero Canonici in ea ſunt ſententia, quod hoc caſu, quo iurato promiſit mandans non ſe mandatum reuocaturum, non poſſit mandatum reuocari: mouentur autem hoc argumento, quod omne iuramentũ, quod bona conſcientia ſeruari poſſit, nec vi aut metu extortum ſit, ſeruari debeat *cap. quamuis de pact. in ſext. c. cum contingat. extr. de iureiur.*

Verum enim vero, quo minus huic ſubſcribam ſententiæ, moueor hac potiſſimum ratione quod omne iuramentum, quod legibus repugnat & Imperatorum conſtitutionibus contrariatur, nullius ſit momenti & pro infecto, ac nullo repetetur *l. 7. §. 16. ff. de pact. l. 5. Cod. de legibus:* at hoc iuramentum, de non reuocando mandato procuratorio, aperte repugnat legibus, quæ mandatum omne reuocari à domino poſſe affirmant.

Proinde iuramentum huiuſmodi nullius erit momenti, nec ſeruari illud oportebit.

Accedit quod cum ipſa pactio de non reuocando nullius ſit momenti, confirmari non poſſit, cum non entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes, & omnis confirmatio præſupponat aliquid quod confirmet.

Et quanquam Canoniſtæ, quo conſcientiæ conſulatur, eaque in tuto conſtituatur, ſatius exiſtiment iuramentum ſeruari *d.c.quamuis & d.cap.cum contingat*, quam vt conſcientia grauetur, tamen quod huiuſmodi iuramentum non poſſit bona conſcientia ſeruari, animæque ſalus eo iuramento, quod contra leges ciuiles eſt ſeruato, in periculum deducatur, alibi docui.

Atque hanc ſententiam, quam gloſſa probat & Dd. communiter ſequuntur, teſte Autore noſtro longe veriorem eſſe iudico, quamuis Autor noſter contrariæ ſententiæ ſubſcribat.

Lit. B. Vt autem aliud quoduis mandatum reuocari ſic demum permittitur, ſi res adhuc ſit integra *d. §.9. Inſtit. de mandato*, ita quoque mandatum procuratorium reuocari poteſt, re adhuc integra, hoc eſt lite nondum conteſtata. *L.16.ff.hoc tit.* Nam poſt litis conteſtationem reuocari diſerte prohibetur mandatum, *l. 7. cum ſeqq.ff.de procur.* non alia ſane de cauſa, quam quia litis conteſtatione res deſijt eſſe integra, cum per eam procurator dominus litis efficiatur *l.22. & ſeqq. C.de procur.* quantumuis is, qui procuratorem conſtituit, maneat dominus rei & negocij: ex quo enim procurator factus eſt dominus litis, iam eius intereſt, vt non mutetur ſine cauſa, cum ea mutatio ipſius pudorem & exiſtimationem oneret quodammodo *l.25.ff.de procurator.* Intereſt etiam aduerſarij, qui cum procuratore litem conteſtando, videtur cum eo quaſi contraxiſſe *l.3.§.idem ſcribit.ff.de peculio*, intereſt denique prætoris, apud quem facta eſt litis conteſtatio, & ad cuius authoritatem maxime pertinet, ne quam ſemel conſtituto iudicio mutationem ſine cauſa fieri patiatur.

Quocirca poſt litem conteſtatam mandatum procuratorium non reuocatur, niſi cauſa cognita, iuſta fuerit deprehenſa cauſa reuocationis, iuſtæ autem cauſæ ſunt, ætas procuratoris minus apta negocijs: aduerſa valetudo, occupationes & reliqua impedimenta, quibus dominus ita diſtringi procuratorem animaduertit, vt ſuis negocijs commode præeſſe nequeat *l. 17.cum ſeq.ff.de procur.* item & ſuſpiciones, propter quas probabiliter opinatur, procuratorem ſuis rebus minus vtilem, affectumque eſſe, quales ſunt inimicitiæ, item affinitates, aut amicitiæ cum aduerſario contractæ *l.21.& ſeq.ff. dict. tit.* His autem ex cauſis reuocatio idcirco permittitur domino, quia procurator vix honeſte ſe illi opponere poteſt, fit enim eo ipſo ſuſpectus, quod in rem alienam, inuito domino, agere velit *l 25.§.1. ff. de procur.* niſi fortaſſis iuſtam habuerit huius rei cauſam, vt quia ſumptus fecit, quia in rem ſuam datus eſt, *d.l.25. & ſeq.* Item quia dominus partem ſolum negocij reuocat *l. 27. d. tit.*

Hiſce, inquam, ex cauſis etiam poſt litem conteſtatam, reuocatio procuratoris permittitur. Equidem in bene ordinatis iudicij hodie, etiam ante litis conteſtationem reuocari procurator non poteſt, poſtquam res integra eſſe deſinit, propter ſatiſdationem domini, quæ ex Stylo iudicij mandato procuratoris ſiue conſtitutioni inſeritur. *Clement. 1. extr. de procurator.* Idque in Camera quoque obſeruari, teſtantur obſeruatores Camerales Gail. & Mynſing. locis ab Autore allegatis.

Vt autem dominus, re adhuc integra, poteſt mandatum reuocare; ita pro-

Digitized by Google

procurator quoque, re adhuc integra, pœnitere ac mandato renunciare poteſt. *Mandatum*, inquit Imperator, *non ſuſcipere cuilibet liberum eſt; ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quam primum renunciandum. §. mandatum. 11. I. de mandato.*

Ratio ob quam renunciari poſſit, re integra, mandato, ab eoque ſolius mandatarij voluntate recedi, cum debitori alijs in contractibus pœnitere & à placito diſcedere non liceat *dict. l. ſicut. C. de obligat. & act.* hæc eſt, quod cum actio mandati ſolum ad intereſſe detur *l. ſi procuratorem. §. mandati. ff. de procurator.* ei non competit, cuius nihil intereſt mandatum expleri, quique illud per ſe, aut per alium exequi poteſt. Quod ſi res non amplius ſit integra, tum inuitus procurator exequi mandatum cogitur, nec vllus in poſterum pœnitentiæ locus conceditur.

Integra definit quoque res eſſe, cum dominus pro procuratore iudicatum ſolui ſatiſdedit: quocirca ex eo tempore compellitur procurator iudicium accipere. Ita Vlpianus, *procuratorem*, inquit, *ad litem ſuſcipiendam datum, pro quo conſentiente dominus iudicatum ſolui expoſuit, prætor aut, iudicium accipere cogam l. 8. §. 3. ff. de procurator.* Cogitur autem hoc caſu procurator non ſimpliciter iudicium ſuſcipere, ſed ita, vt liberetur præſtatione eius, quod intereſt: hoc quippe commune eſt omnibus faciendi obligationibus, vt illis liberetur facti promiſſor, ſi præſtet ſtipulatori, quanti ipſius intereſt factũ promiſſum præſtitũ fuiſſe.

Quin etiam ſunt cauſæ quædam, ex quibus poſt præſtitam ſatisdationem iudicatum ſolui non compellitur procurator iudicium accipere, vt ſi inimicitiæ capitales interuenerint inter ipſum procuratorem & dominum: aut ſi dignitas acceſſerit procuratori, vel Reip. cauſa abſuturus ſit *d. §. 3.* aut ſi valetudinem, aut ſi neceſſariam peregrinationem alleget *l. 9. eod. ti.* aut ſi alia quæpiam interuenerit cauſa earum, quæ in *l. 10. ſeqq. ff. dict. tit. de procu.* recenſentur.

Cæterum ſi hiſce caſibus procurator ſeſe onere procurationis exonerare & liberare velit, receptum eſt hodie in Camera vt procurator citationem domini impetret, quo ſciat exonerationem procuratoris ſui, Domino comparente procurator viua voce repetit narrata citationis, loco ſummariæ petitionis, petendo ſe exonerari & liberari procuratione, quam petitionem ſummariam, ſummaria ſequitur cauſæ cognitio. Quod ſi ad citationem dominus non compareat, ſtatim in contumaciam non comparentis procurator exoneratur, quia in reuocatione procuratoris non requiritur ſolennitas iudiciorum Gail. 1. *obſ.* 46. & Mynſing. *5. obſ. 44.*

Sed vtrum exoneratio procuratoris eiuſque mutatio ſine aduerſarij conſenſu fieri poſſit? Maxime controuerſum eſt? Et quidem Autor noſter Ronchegallum ſecutus ſtatuit mutationem & exonerationem procuratoris ſine cõſenſu aduerſarij fieri poſſe. Verum contrariam ſententiam probant & ſequuntur Donellus *18 com. 17.* Mynſing. *5 obſ. 44. & Reſponſ. iur. 89. n. 6.* Hilliger *d. c. 17. Donelli Enucleati lit. G* Bachou. *in notis ad Treutl. diſp. hac 9. th. 10. lit.* C. qui ſtatuunt quod exoneratio procuratoris vel mutatio aduerſario non conſentiente vel inuito poſt litis conteſtationem fieri non poſſit. Qu. 61. *An exoneratio procuratoris fieri poſſit ſine aduerſarij conſenſu?*

1. Quia intereſt aduerſarij, ne mutatione procuratoris oneretur, neue iudicium varietur perſonarum immutatione.

2. Quia cum aduerſario procurator per litis conteſtationem quaſi contraxit *l. 3. §. idem ſcribit. ff. de peculio*, quaſi contractum nõ põt dominus vel ꝑcurator diſſoluere, aduerſario inuito *arg. l. ſicut C. de obl. & act.*

3. Quia in *l. 25. pr. ff. de procurat.* dicitur, ſi dominus procuratorem mutare velit, & eius rei iuſtas cauſas prætendat,

quas

quas aduerſarius falſas eſſe dicat, apud prętorem hoc eſſe expediendum, audiendus propterea erit aduerſarius remotioni ac mutationi procuratoris contradicens, nec ipſo inuito mutatio fieri poterit.

4. Quia denique in *l.22.C.de procurat.* negatur domino eſſe facultas poſt litem conteſtatam iudicium à procuratore in ſe transferendi.

Verum his rationibus ſententiam Autoris noſtri minime euerti exiſtimo. Nullibi ſiquidem in toto iure noſtro hoc expreſſum legitur, quod ad procuratoris mutationem, vel exonerationem requiratur aduerſarij conſenſus: at ſine lege loqui erubeſcendum. Nec dubium mihi vllum eſt, quin, ſi adhibendus eſſet conſenſus aduerſarij, id alicubi in iure expreſſum fuiſſet. Quin nec ratio vlla eſt, quæ conſenſum aduerſarij exquiri ſuadeat. Quod enim ad eas rationes, quibus aduerſa pars nititur, exigui ſane & leuiſſimi ſunt ponderis.

Ad primum ſiquidem reſpondendum eſt: aduerſarij plane nullum intereſſe in mutatione vel exoneratione procuratoris verſari; ſiquidem nihil quicquam eius intereſt, vtrum eundem habeat, quẽ dominus aduerſarium eundem dedit, an alium, dummodo idoneum, nec vllum ex varietate iſta & mutatione damnum ſentit. Proinde cum hac in re nullum vertatur aduerſarij præiudicium, ipſius conſenſus non requiritur.

Ad ſecundum reſpondeo procuratorem litem cum aduerſario ſuo conteſtando contrahere, non tam cum procuratore, quam cum domino, cuius nomine agitur, & lis conteſtatur: proinde etiam non ipſe procurator ſed dominus aduerſario obligatur: vnde etiam actione rei iudicatæ non conuenitur procurator ſed dominus *l.61.ff.de procurator.* vt mox dicetur.

Ad tertium ex *l.25.princ.ff.de procurat.* petitum reſpondeo nihil ibi quicquam aliud proponi, quam hoc ſolum, quod ſi cauſa talis aliqua allegetur, quæ ipſum quoque aduerſarium contingat, vt ſi dicatur affinitatem aut amicitiam procuratorem cum aduerſario contraxiſſe, & aduerſarius dicat mentiri dominum litis, tũ hoc apud prætorem eſſe finiendum, ex quo quomodo elici poſſit conſenſum aduerſarij ad remotionem & exonerationem procuratoris deſiderari, ſane non animaduerto.

Ad poſtremum quoque non eſt difficilis reſponſio: nam in *d.l.22.C.de procuratorib.* negatur quidem facultas eſſe domino poſt litem conteſtatam remouendi procuratorem, ſed non ideo quia requiratur conſenſus aduerſarij ipſiuſque intereſſe ac præiudicium in eo verſetur, ſed quia hoc fieri non poſſit ſine conſenſu procuratoris, quia ad huius præiudicium id ſpectare videtur.

Iure equidem Saxonico, ſi iudex alicui procuratorem dederit (vt eo iure dare ſolet) non eſſe penes dominum huiuſmodi procuratorem remouere aliumque eligere ſeu petere, niſi primus officio ſuo fuerit perfunctus ſtatuit Zobelius, referente hic Autore noſtro idque per textum *Landtrecht lib.1.artic.60.* Sed vt recte animaduertit Autor noſter, nulla eſt, quoad præſens negocium diſcrepantia & diſſonantia iuris ciuilis & Saxonici: ſiquidem in citato articulo *60.* hoc ſolum dicitur, quod dominus alium petere procuratorem non poſſit, quam ſi priorem iure remouerit, *der Richter ſoll keinen andern Vorſprecher geben, der begehrende theil ſey dann deß erſten mit recht ledig:* At hoc etiam iure ciuili cautum eſſe ex prædictis liquet, quod videlicet poſt litem conteſtatam amplius integrum non ſit domino procuratorem mutare aliumque ſubſtituere niſi iuſtam habuerit huius cauſam *d.l.17.& ſeq.ff.de procurator.*

In eo ſane manifeſta eſt iuris Saxonici & Ciuilis differentia quod hoc iure ne-

mo

mo inuitus cogitur eſſe procurator per textum in *l.17.C.de procurator.* Iure Saxonico petentibus procuratores aſſignantur, qui officium illud detrectare nō poſſunt *art.60.lib.1. Landrecht* cuius hac ſunt verba, *der Richter ſoll auch Zu vorſprechen geben, welchen der Mann Zum erſten bittet vnd keinen andern &c.*

De procuratore & Aduocato pauperum ſupra dictum eſt, *diſput.8.theſi 1.lit.G.* quæ huc repeti debent.

Finitur præterea mandatum procuratorium morte vtriuſque, tam mandatis, quam mandatarij: & mandantis quidem morte idcirco mandatum finitur, quia à voluntate mandantis dependet: voluntas autem hæc morte finitur *l. 4.ff.locati.* proinde, mortuo domino, mandatum reuocatum intelligitur, nec obligatus eſt heredibus procurator. Atque hoc eſt quod diſertis verbis Impp. reſcripſerunt: mandatū re integra domini morte finiri, *l.15.C. mandati.* quod ipſum quoque Iuſtinianus confirmat in §.10.*Inſt.de mandato.* Rex autem adhuc debet eſſe integra, prout adducti textus loquuntur: alioquin ſi mandatarius exequi iam cœperit mandatum, aut etiam ignorans mortuum eſſe mādantem poſt mortem mandatum eexqui cæperit nō finitur mandatum, ne fortaſſis in damno conſtituatur mādatarius per mortem mādantis. Hinc itaque ſi, lite per procuratorem iam conteſtata, è viuis deceſſerit domin⁹, quoniā res non amplius eſt integra, & procurator litis conteſtatione dominus litis effectus eſt *l. 22.& ſeq.C.de procurat.* Idcirco morte domini mandatum non ſoluitur, ſed qui prius à defuncto procurator conſtitutus erat poſt mortem eius manet procurator. *argum. l. 15. ff. de procurator.*

Qu. 62. *An res adhuc ſit integra & mandatū reuocari poſſit quādo poſt rē iudicatā ſatiſdatū eſt iudicatū ſolui?*

Sed vtrum tunc etiam res integra non ſit, quando dominus ante litem conteſtatam iudicatum ſolui ſatiſdedit, in controuerſiam nouiſſime ab Antonio Fabro *12.com.16.& in Rational. ad dict. l.15.* reuocari video?

Et quidem, quod ante litem conteſtatam, præſtita, quantumuis à domino cautione iudicatum ſolui, res adhuc integra cenſeatur ac mandatum procuratorium morte mandantis ſit extinctum & finitum, ita vt procurator iudicium accipere ac litem conteſtari non cogatur ſerio contendit Antonius Faber in locis modo citatis.

1. Quia mandatum procuratorium reuocatur morte, ſi res adhuc ſit integra *l.inter 26.l.58.ff.de mandat.* atqui domino qui procuratorem conſtituit, defuncto ante litem conteſtatam omnia ſunt integra, quia non fit procurator dominus litis ante conteſtationem *d.l.22.C.de procurat.* igitur quamuis dominus ſatiſdederit pro ſuo procuratore iudicatum ſolui, ſi tamen defunctus ſit ante litem conteſtatam, non eſt cogendus procurator, vt pro eo iudicium accipiat.

2. Quia dominus pro procuratore ſuo ſatiſdederat iudicatum ſolui tanquam pro procuratore: atqui morte mandantis euaneſcit mandatum & deſinit eſſe procurator, proinde vim quoque ſatiſdationis & neceſſitatem accipiendi iudicij neceſſe eſt extingui & euaneſcere.

Sed hæc argumenta non eius ponderis eſſe videntur vt contra expreſſum iuris textum quenquam in Fabri opinionē trahere poſſint, qui modo iuris aliquem, vel exiguum guſtum habet.

Etenim Vlpianus ICtus elegantiſſimus iuxta & acutiſſimus in *l.15. ff. de procuratorib.* apertiſſime ſcribit, ſi ante litem conteſtatam dominus defunctus ſit, & pro ſuo procuratore iudicatum ſolui ſatis dederit, quod tunc compellendus ſit procurator ad iudicium accipiendum, ſi modo dominus ſciente & non contradicente procuratore cauerit. Verba textus hæc ſunt: *ſi defunctus ſit dominus ante litem conteſtatam iudicatum ſolui ſtipulatione*

tione pro ſuo procuratore data, procurator compellendus ad iudicium accipiendum ita tamen ſi hoc dominus, ſciente procuratore, & non contradicente fecit, quod ſi aliter actum eſt, inſcium quidem procuratorem teneri ſatis inciuile eſt: committitur autem ob rem non defenſam ſtipulationis clauſula.

Non equidem me fugit Antonium Fabrum ad hanc legem reſpondere, eam non eſſe Vlpiani ſed Triboniani. 1. Quia nemo Ictorum ſic vnquam fuerit locutus *iudicatum ſolui ſtipulatione pro ſuo procuratore data pro facta promiſſione de iudicato ſoluendo.* 2. Quia hæc locutio *ſatis inciuile eſt*, Triboniani manum apertiſſime prodant: vt qui frequenter ita loqui ſoleat ſatis inciuile, ſatis abſurdum, ſatis inhumanum. 3. Quia denique in fine legis pro cautione ſcripſerit cautelà, quod ipſum quoque Triboniani ſtylum manifeſtiſſime prodere opinatur Gotofredus.

Verum an boni Interpretis hoc ſit ex coniecturis meris ac leuiſſimis vim textui inferre, eumque ceu ſpurium reijcere atque e iure noſtro eliminare, cuiuis cordato homini iudicandum relinquo. Et licet Tribonianus legem noſtram interpolarit, rationem tamen nondum video, cur propterea omnis reſcripto huic detrahenda ſit authoritas, cum conſtet Tribonianum hoc ipſum in mandatis habuiſſe, nec priuata & propria, ſed publica & Cæſarea authoritate feciſſe. Sic enim Iuſtinianus in *l. 1. §. 7. C. de iure vel enucl.* ad Tribonianum cæteroſque Pandectarum compilatores ſcribit: *Sed in hoc ſtudium vobis eſſe volumus, vt ſi quid in veteribus libris non bene poſitum eſſe inueniatis, vel aliquid ſuperfluum, vel minus perfectum, ſuperuacua longitudine ſemota, & quod imperfectum eſt repleatis & omne opus moderatum & quam pulcherrimum eſſe oſtendatis: hoc etiam nihilominus obſeruando, vt ſi aliquid in veteribus legibus, vel conſtitutionibus, quas antiqui in ſuis libris poſuerunt, non recte ſcriptum inueniatis & hoc reformetis &c.*

Quid igitur peccati eſſet, etiamſi Tribonianus, præceptum Imperatoris ſui ſecutus, hanc quoque legem interpolaſſet?

Nec moueor illis rationibus, quibus euincere conatur Iuſtinianus, legem noſtram 15. abſurdam ac fundamentis & principijs iuris noſtri contrariam eſſe.

Ad primam enim reſponderi debet, quantumuis ante litis conteſtationem dominus litis non efficiatur procurator, ſi tamen pro ipſo ſatiſdatio & cautio iudicatum ſolui præſtita fuerit, rem amplius integram non eſſe, vt expreſſe Menoch. *2. præſumpt. 36. num. 28.* ſcribit, vbi in hanc ſententiam plures allegat: idque propterea, quod procurator promiſerit iudicatum ſolui, & dominus fideiuſſerit pro eo, haſce vero obligationes non potuerit mors domini extinguere.

Ad ſecundum argumentum Fabri facilima quoque eſt ſolutio: nam petit manifeſte principium, dum illud præſupponit loco fundamenti, quod in controuerſia eſt, quod ſcilicet hoc noſtro caſu extinguatur mandatum & procurator eſſe deſinat, qui prius procurator fuerit.

Cæterum huic quod diximus, re integra, finiri mandatum morte mandantis, valde refragari videtur *l. fin. ff. de ſolut.* in qua ita Paulus: *Ei, qui mandatu meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, recte ſoluitur, quia talis eſt lex obligationis; idcoque etiam mihi to me recte ei ſoluitur. Ei autem cui iuſſi debitorem meum poſt mortem meam ſoluere, non recte ſoluitur, quia mandatum morte ſoluitur.* Qu. 63. *An morte mādantis finiatur mādatū?*

Ecce in priori membro huius legis innuere videtur Paulus, obligationem mandati, etiam poſt mortem mandantis,

tis, durare, nec re integra, morte mandantis extingui.

Iacobus Cuiacius, acutiſſimus alias ac præſtantiſſimus ICtus *lib. 1. obſeru. 38.* cum nodum hunc alia ratione ſoluere non poſſet, Alexandri gladium arripuit, eumque diſſecuit, ſtatuens in iſta lege tranſpoſitionem verborum manifeſtiſſimam contigiſſe, & textum ita reſtituendum, vt pro *ei, qui mandatu meo poſt mortem meam ſtipulatus eſt, recte ſoluitur*, legatur, *Ei qui mandatu meo ſtipulatus eſt, poſt mortem meam recte ſoluitur.*

Hac enim correctione non admiſſa, exiſtimat Cuiacius reſponſum Pauli principijs iuris expreſſe repugnare: cum fundamentum iuris ſit, multoties in legibus repetitum & inculcatum, mandatum, re integra, morte mandantis finiri.

Reſpond. Veruntamen Hotomannus recte hic Cuiacio ſeſe oppoſuit, contendens nihil abſurdi quicquam continere legem noſtram, etſi vulgaris retineatur lectio, quoniam poſt mortem mandantis promiſſor manet obligatus mandatario, non ex contractu mandati, ſed ex contractu ſtipulationis; caſus, ſiquidem huiuſmodi proponitur in *d. l. fin.* Titius mihi mandauerat, vt abs te ſtipularer aliquid mihi dari poſt mortem Titij: ſtipulatus ſum abs te vt mihi dares poſt mortem Titij. Titius è viuis diſcedit, ego te obligatum habeo non ex contractu mandati, qui inter me & Titium interceſſit, ſed ex contractu ſtipulationis qui inter me & te, mandatu Titij, interuenit, ex hoc igitur ſtipulationis contractu poſt mortem Titij recte mihi ſoluis.

Præterea, etſi morte mandantis finiatur mandatum; tunc tamen illud non finiri placet, cum mandator nominatim mandauit alicui poſt mortem ſuam gerẽdum, veluti ſi mandauerit ſibi monumentum extrui poſt mortem ſuam, aut mandauerit fundum emendum heredib. ſuis. Tunc enim poſt mortem mandatoris mãdati obligatio perſeuerat, & cui mãdatum eſt, mandato non impleto tenetur, & viceuerſa ipſe mandati actionem habet aduerſus heredes *l. ſi vero. §. vltim. l. idem eſt. ff. mandati.* Ratio eſt hæc, quod cum ideo morte mandantis finiatur mandatum, quia morte eius voluntas finita præſumitur: idcirco cum conſtat voluiſſe defunctum etiam poſt mortem ſuam aliquid fieri, perſeuerat mandatum, quocirca cum & in caſu *d. l. vlt.* aliquid poſt mortem ſuam expediendum mandarit mandator, idcirco etiam poſt mortem Titij valet mandatum.

Cui ſolutioni non refragatur *l. & ſi quis §. cui. ff. de relig. & ſumpt.* vbi ſi teſtator mandauerit alicui curam funeris ſui, placet hanc actionem eſſe de dolo aduerſus eum, qui mandatum ſuſceperat, aut etiam cogi eum extra ordinem funus curare. Cui conſequens eſt, mandati actioni hic locum non eſſe *arg. l. 1. ff. de dolo.*

Reſpon. Etenim monumentum extruere non eſt res & negocium heredis mandatarij, quandoquidem ipſi mandatum eſt, vt funus curaret, ad funus autem non pertinet monumenti extructio. Non igitur propterea cogitur mandatari* monumentum extruere, quia mandatum morte mandantis fuerit extinctum, ſed quia mandatu nunquam comprehenſa fuerit monumenti extructio, ita bene Donell. in *l. 15. C. de mandato.*

Quanquam autem morte mandantis domini mandatum procuratorium, ſicut diximus, ſoluatur: ſi tñ mandatarius ignorans mortem mandatoris, negocium mãdatũ explicuerit, ei ſuccurritur, data actione mandati in heredem mandatoris, ſi qd impenderit in illud negocium. Et hoc eſt, quod dicitur, morte quidẽ ſolui mandatũ ſed non ſolui actioné mandati vel obligationem *l. ſi præcedente. ff. mand.* Eademq; ratione ſi debitori meo mandauero vt pecuniã, mihi debitam, Titio ſolueret, & poſt mortem meam, cũ id ignoraret, ſolueret

Titio, proculdubio liberatur *l. eius qui in prouincia. ff. de reb. cred.* Quæ ſententia vtilitatis cauſa eſt recepta, ne cui iuſta & probabilis ignorantia noceat.

Quod ſi ſciens mortuum eſſe mandatorem, negocium mandatum inchoauerit & aliquid in id impenderit, id ſibi imputet.

Cur porro poſt litem conteſtatam vti dictum eſt morte mandatoris, non finiatur mandatum, quæritur anne opus ſit, vt heredes procuratorem nouo inſtruant mandato? Et verius eſt nouum mandatum plane non deſiderari, tum quia prius mandatum morte mandantis extinctum non fuit, ſed ſolum integrum & illæſum manſit: tum quia litis conteſtatione procurator effectus eſt dominus *l. nulla. C. de procurator.* mandato igitur ad litem peragendam non indiget.

Et quia dominus litis eſt, idcirco in ipſum ferri ſententia poteſt *ca. 1. §. 1. de procurator. in ſext.*

Finitur etiam mandatum procuratorium morte procuratoris, ſi res adhuc ſit integra *l. 57. ff. de iudic. l. 27. §. qui ſuſcipit. ff. mandati*, nec ad heredes procuratoris tranſmittitur, quoniam defuncti induſtria electa fuit, quæ perſonæ cohæret *l. vnic. §. vbi C. de caduc. toll.* cum inter artifices & ingenia hominum magnum ſit diſcrimen *l. 31. ff. de ſolut.* vnde ſi heres impleat, non habet mandati actionem, ſed negociorum geſtorum *l. nam & Seruius 21. §. ſi vino. ff. de negot. geſt.* niſi rem à defuncto cœptam neque amplius integram exequatur *l. 14. ff. de mandat.* Weſenbec. *ibid. in paratitl. num. 9.*

***

RESOLVTIO THESIS VNDECIMÆ.

Etſi ſententia in ipſum procuratorem ſit ferenda; in eum tamen executionem ſententiæ fieri non poſſe, certi & indubitati eſt iuris, ipſo atteſtante Paulo ICto in *l. 61. ff. de procurator.* vbi ait, *procuratorem damnatum non debere conueniri, niſi aut in rem ſuam, aut obtuliſſet ſe liti.* *Lit. A.*

Sed hoc maximam difficultatem incurrit. Primo enim certum eſt quod executio iudicati debeat eſſe conformis ſententiæ, quodque abſurdum ſit ex iudicato agi contra alium, quam qui fuerat condemnatus *l. pen. & vltim. C. de execut. rei iudic. l. 1. C. inter alios acta vel iudic.* igitur cum procurator fuit condemnatus, ipſe conueniri debet actione iudicati, & non dominus, ſaluo tamen ipſi regreſſu aduerſus dominum, per contrariam actionem mandati ad conſequendam indemnitatem.

2. Deinde & illud conſtat, quod vnuſquiſque, qui contraxit ſuo ex contractu teneatur, non alius *argum. tot. tit. C. Ne filius pro patre.* Atqui litem conteſtando, non dominus, ſed procurator quaſi contraxit cum aduerſario *l. 3. §. idem reſpondit. ff. de peculio.* proinde ex hoc quaſi contractu iudicij non tenetur dominus, ſed procurator.

3. Denique cum procurator litis conteſtatione dominus litis ſit effectus *l. 22. C. de procurat.* adeoque ad ipſum res ſpectare videatur, dicendum eſt, eum vel ex hoc principio iudicati actione conueniri debere.

Sed tamen quominus hæc recipiatur ſententia, obſtat dilucidiſſimum Pauli

Pauli reſponſum in *d.l.61.* cui & Vlpianus ſubſcribit in *l.4.pr.ff.de re iudicat.* vbi ſcribit: *Se non obtulit procurator; iudicati actio in eum denegabitur & in dominum dabitur ſi ſe obtulit in ipſum dabitur.l.4.pr.ff.de re iudic.* Nec repugnãt iuris fundamenta in contrarium adducta, nam ad primum expedita eſt reſponſio: ſiquidem apertiſſimi juris eſt, quod procurator non alia ratione ſit cõdemnatus, quam tanquam procurator. At procurator eſſe deſinit, qui ad litem datus erat, quando lis finitur, quod fit per ſententiam vel abſolutoriam, vel condemnatoriam, quæ in rem iudicatam tranſiit *argum. l.7. ff.de tranſact.* Proinde fieri aliter non poteſt, quin dominus, & non procurator conueniatur actione iudicati; ita Antonius Faber in *Ration. ad dict. l. 61.* Addit Donellus, non idcirco in procuratorem, ſed dominum fieri ſententiæ executionem, quia procurator non vere & iure condemnatus fuerit, ſed quia hoc actum ſit inter actorem & dominum, atque adeo procuratorem ipſum, ne actio daretur in eum procuratorem, quem dominus liti obtulit: huc quippe pertinet quod dominus promiſit ſe iudicatum eſſe ſolutu-rum non procurator:in omni autem obligatione contrahenda nemo obligatur ſine conſenſu *l.1.§.1.de pact.*

Sic etiam ſecundum argumentum nõ reſiſtit: nam contrahit quidem procurator litem conteſtando, ſed non ſuo nomine contrahit, verum nomine domini, & ipſe dominus per procuratorem contrahere intelligitur, quin etiam non ſimpliciter cum aduerſario cõtraxit, ſed ſub certa perſonæ qualitate, hoc eſt, cum procuratore,quatenus procuratore: hãc igitur qualitatem cum deponit procurator, quod fieri diximus, lite per ſententiam finita, ratio ſuadet amplius eum non teneri.

Ad poſtremum reſpõdendũ eſt:quod dicitur,procuratorem poſt litis conteſtationem fieri dominum litis,id ex ſummo & ſubtili iure dicitur & dum proximus finis litis recte adminiſtrandæ ſpectatur. Re autem vera & exitu litis inſpecto, ad quem hæc omnis procuratio in ſumma refertur,ſolus is dominus manet qui prius fuerat, vtpote cuius nomine agitur & ad quem omne commodum & incommodum litis tandem ſuo nomine rediturum eſt; quocirca æquius eſt vt in dominum fiat executio ſententiæ, quam in procuratorem.

Aliter paulò reſpondet Donellus, nempe procuratorem litis conteſtatione dominum quidem litis effici, ſed non dominum rei fieri, vt tanquam de re ſua conueniri poſſit: aliud vero eſſe dominum rei, aliud dominum eſſe litis. Dominus rei eſt ad quem commodum rei ſuo nomine pertinet *leg. 1. §. in propria. ff. quando appelland.* talem vero nõ eſſe procuratorem, exinde patet,quod ad eum neque commodum rei, neque incommodum pertinet *l. ſi procurator. 22. ff. de procurator.*

Relinquitur itaque, his obſtaculis remotis, quod in procuratorem executio rei iudicatæ, ſiue ſententiæ fieri non poſſit.

Sunt tamen caſus quidam, quibus in procuratorem quoque condemnatum datur actio rei iudicatæ: illorum duo in *d. l. 61. ff. de procurator.* expreſſe excipiuntur: prior eſt, ſi procurator in rem ſuam datus fuerit:quinam in rem ſuam procurator datus intelligatur ſupra ſub theſi prima explicui. Cur autem in hunc, & non in mandantem dominum executio ſententiæ fiat, ratio hæc eſt, quod procurator in rem ſuam proprie loquendo non ſit procurator, ſed dominus ipſius rei, ad eundemque omne commodum, omne emolumentum & incommodum redundet *l. 9. C. hoc tit. & dictum eſt ſub theſi 1.*

Secundo excipitur is,qui liti ſe obtulit. Qu.64.

Quis ſe obtuliſſe dicatur liti?

d. l. 61. & l. 4. pr. ff. de re iudic. liti ſe offerre Zaſio dicitur, qui abſq; vllo domini mãdato litem adminiſtrandam ſuſcipit, quique aliàs falſus dicitur procurator.

Hugoni Donello autem liti ſe obtuliſſe dicitur, qui pro reo abſente ſuſcipit actionem, ſic vt ſimul ſatisdet ipſe de iudicatum ſoluturum, nõ dominus pro eo, ſecundum formam traditam in §. *ſi vero eius. Inſt. qui ſatisdat. cog.* idcirco autem hic, qui pro ſe ſatisdedit, dicitur ſe obtuliſſe; quia quem dominus in iudicio præſens non obtulit, & de quo recipiendo nihil egit cum aduerſario, is ſe ipſum obtuliſſe intelligitur, cum oporteat eum aut à ſe, aut ab alio offerri.

Ratio autem huius iſta eſt, quod qui ſatiſdationem iudicatum ſolui præſtando, liti ſeſe offert, cum ſciret à domino cautum non eſſe, hoc promittat, quod ipſe velit iudicatum ſoluere: ex hac itaque ſua promiſſione, lata contra ipſum ſententia, tenetur ad hoc vt ſoluat quod iudicatum eſt; proinde in ipſum ſententiæ executio rectius fit quam in dominum, qui ad hoc ſeſe non obligauit quod iudicatum ſoluere velit. Quanquam ratio Zaſij & eorum, qui ipſum ſequuntur, non plane ſit improbabilis quod nempe illi, per ſe liti dicantur obtuliſſe, qui nullum plane habent mandatum, & ideo ſi aduerſus ipſos ſententia fuerit lata, ne deiiciatur aduerſarius, executio in eum fieri debeat cum in aliũ à quo nullum habuit mandatum fieri nõ poſſit.

Non obſtat quod huic interpretationi opponit Robertus, quod procurator non ſit qui mandatum non habet, ſed ſi procurator dici debeat, falſus ſit procurator dicendus.

Reſp. Hoc enim Zaſius vtique aſſerit ac ſtatuit quod qui ſe liti obtulit falſus ſit procurator. Nec ex eo ſequitur quod in ipſum executio ſententiæ fieri non debeat, ſi non ſatisdederit: quoniam ſententiam, in falſum procuratorem latam, ex parte ipſius non eſſe nullam, ſed ipſi nocere ac præiudicare, liquido oſtenſum fuit.

Nec porro ad rem facit, quod cum conferatur procurator qui liti ſe obtulit, ei qui in rem ſuam datus eſt, hic vero mãdatum habeat, ideo & ipſum qui liti ſe obtulit mandatum habere neceſſum ſit. Reſpond. Committitur enim Elenchus comparationis: ſiquidem non ſtatim ſi in vno tertio conueniunt, ſimpliciter & in omnibus conueniunt; vtramque itaq; explicationem *d. l. 61.* puto probabilẽ eſſe. Excipit præterea Zaſius & hunc caſum quo contra procuratorem de facto eſſet attentata executio, & procurator nõ excepiſſet: nam ſi actor pergit exequi ſententiam contra procuratorem & procurator tacet ac patitur ſe vrgeri, proceſſus non eſt nullus: imputet enim ſibi quod exceptionem ſuam non oppoſuit.

Ex prædictis recte deducitur, quod ſi is, cuius nomine defenſor extitiſſet, ante litem conteſtatam accedat & poſtulet ſuo nomine, defenſore remoto, litem ſuſcipere, non admittatur niſi cauſa cognita *l. 64. ff. de procurat.* Etenim defenſor, qui pro defendendo reo interuenit, ſtatim, vbi ſatisdedit, cenſetur litis eſſe dominus: igitur remoueri ante litem cõteſtatam nõ poteſt à dño: repugnat quippe regula iuris quæ dictitat, id quod noſtrũ eſt ſine facto noſtro in alium transferri non poſſe *l. Id quod noſtrum. ff. de R. Iur.* Repugnãt etiã principia iuris notiſſima, nulli ius ſuũ detrahẽdũ eſſe *l. 2. ff. de his qui ſui vel alieni iuris*, nullius cõditionẽ licere facere deteriorem *l. ſoluendo ff. de negot. geſt.*

Accedit huic & iſta ratio quod cũ reus non iam dominus ſit litis, quandoquidẽ duo in ſolidum rei eiuſdem domini eſſe non poſſunt, non valeat rem non ſuam reuocare, litemque alienam, inuito eius domino ſuſcipere.

Alia ratio eſt procuratoris: nam cum hic

hic litis demum conteſtatione efficiatur dominus *l.22.C.de procurat.* ideirco, vt ſupra dictum, quamuis ſatisdederit, remoueri à domino ante litis conteſtationem poteſt.

Quapropter cum defenſor ſeu procurator rei, poſt ſatisdationem iudicatū ſolui præſtitam, ſummo ac ſubtili iure dominus ſit litis, ideo recte cauet prætor, ne eum ſine cauſa mutare liceat.

Rurſum qui reuera & ſummo fine atque emolumento litis dominus eſt reus, ideo recte ei poteſtatem facit mutandi procuratorem, ſi cauſa id exigat: ne per occaſionem ſummi iuris malo defēſore, aut parum idoneo fieret vero domino iniuria.

RESOLVTIO THESIS *Duodecimæ.*

IN hac theſi tres proponūtur quæſtiones; quarum prima eſt an negligentia & dolus procuratoris noceat domino, an vero aduerſario? Secunda, an ſi nocet domino, ei vel hoc caſu ſuccurri debeat, quo ſuum conſequi & damni dati negligentia, vel dolo procuratoris reſtitutionē conſequi non poteſt. Tertia, vtrum & contumacia procuratoris obſit domino ſic vt ipſe in pœnam cōtumaciæ incidat? De quibus tribus quæſtionibus ordine dicemus.

Qu. 65. *An dolus & negligētia procuratoris noceat domino?* Quod igitur ad primam attinet, indubitanter reſpondendum eſt, negligentiā & dolum procuratoris nocere domino. Sic enim Vlpianus in *l.1.§ fin.ff.quando appell.* hac de re ſcribit: *Si aduerſus abſentem fuerit pronunciatum, biduum vel triduū ex quo quis ſcit, computandum eſt, non ex quo pronunciatum eſt.*

Quod autem dicitur, abſentem poſſe prouocare ex quo ſcit, ſic accipitur, ſi non in cauſa per procuratorem defenſus: nam ſi ille non prouocauit difficile eſt vt hic audiatur. Ecce hic proponitur, procuratorē, qui alterius nomine egerat, deterioremq; calculum retulerat, non appellaſſe, ſed ſententiam in rem iudicatam tranſire paſſum fuiſſe, quæritur vtrum dominus adhuc appellare poſſit, an vero hęc procuratoris negligentia obſit domino? Et difficile, hoc eſt, impoſſibile, eſſe, Vlpianus reſpondet, vt dominus amplius audiatur.

Idem plane confirmat *l.10. C. de procuratorib.* in quo Imperator Alexander Cæſtiæ in hæc verba reſcribit: *Si procurator ad vnam ſpeciem conſtitutus officium mandati egreſſus eſt, id quod geſſerit domino, nullum præiudicium facere potuit. Quod ſi plenam poteſtatem agēdi habuit, rem iudicatam reſcindi non oportet, cum ſi quid fraude vel dolo egerit, conuenire eum more iudiciorum non prohiberis.* In hoc reſcripto dilucidiſſime oſtendit Imperator quod res iudicata non retractetur, nec reſcindatur, etiamſi fraude vel dolo procuratoris ſententia aduerſus dominum ſit lata: & pro regula ſubiicitur, quod dolus & fraus procuratoris nocere debeat domino, ſic tamen vt doli huius & fraudis nomine procurator cōueniri poſſit.

Et quanquam nō deſint, qui hanc *l.10.* ad procuratorem cum libera reſtringere conentur; idem tamen in alio quouis, ad agendum conſtituto, procuratore obtinet, cum in eo par militet ratio.

Nec refert quod quæ male, imperite & negligenter procurator geſſit mandato non contineantur: nam ea nihilominus nocere domino potius quam alij, rationis & æquitatis eſt, cum ſibi imputare debeat cur diligentiori ac fideliori litem ſuam peragendam non commiſerit. *arg. §. fin. Inſtit. de ſocietate.* Aduerſario autem nulla penitus culpa imputari poteſt negligentiæ aut fraudis à procuratore admiſſi, ſed cum ipſe mandatum aduerſarij ſecutus cum procuratore litē conteſtando, bona fide cōtraxerit, decipi nō debet. Quocirca quæ negligenter, quæque fraudulenter & perperam à procuratore

gesta

geſta ſunt, ſic valent, vt in domini cedant præiudicium.

Qu. 66. *An ſi dominus à procuratore ſuũ conſequi nõ poßit, habeat reſtitutionẽ aduerſus aduerſarium?*

Quod omnes facile eo caſu admittũt, cum procurator ſoluendo eſt: quid autẽ ſi non ſit ſoluendo, ita vt dominus reſtitutionẽ damni dati actione mandati cõſequi & obtinere nequeat, anne hoc caſu domino in integrum reſtitutio aduerſus aduerſarium concedetur? quæ eſt ſecunda quæſtio in hac theſi propoſita?

Affirmandum hoc quibuſdã videtur, quorum ſententia Autori noſtro mitior videtur, eamque vſu receptam & comprobatã eſſe teſtãtur Gail. & Hartmann. Piſtoris *lib. 1. quæſt. 30. n. 7. & ſeqq.* Mihi tamen, ſaluo aliorum iudicio, contraria opinio magis arridet.

Hac ſiquidem admiſſa ſententia, conſequeretur, aduerſario, cui nulla procuratoris negligentiæ vel doli culpa imputari poteſt, nocere ipſius negligentiam & fraudem: domino vero, cui ſoli poteſt & debet damni procuratoris negligentia dati culpa adſcribi, nullum huius ſentire damnum, quorum vtrumque iniquum videtur: proinde hoc caſu noſtro domino in integrum reſtitutionem denegandam puto.

Accedit quod certæ cauſæ iure ſint ꝓditæ, ex quibus in integrũ reſtitutio concedatur *l. 1. ff. de integr. reſtitut.* Ex illarum vero numero non eſt hæc, ſi fraudulenter aut negligenter procurator ſuo perfunctus ſit officio. Ac proinde in integrum reſtitui dici non poterit dominus ob dolum vel negligentiam ſui procuratoris, quia dolum vel negligentiam nocere aduerſario ſane iniquiſſimum eſt, vt cui nihil penitus imputari poſſit quod talis procurator extiterit.

Nec obſtat huic, quod maiores 25 annis reſtituantur, quãdocumque iuſta: ꝑparuit reſtitutionis cauſa *l. 1. in verb. item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur in integrum reſtituam ff. ex quib. cauſis maior.*

Reſpond. Primo enim quod procurator doloſe aut negligẽter negociũ domini peregerit, ſuumq; ab ipſo dominus cõſequi non poteſt actione mãdati propter illius inopiam, id non eſſe iuſtam & idoneam cauſam, ob quam in integrũ dominus aduerſus ſuum aduerſarium reſtituatur paulò ante oſtẽſum fuit hac ratione, quod ipſi domino imputari poſſit culpa, quod diligentiorem & fideliorẽ non elegerit procuratorem: at contrà aduerſario nil quicquam imputari queat, quod dolo aut culpa vſus fuerit procurator. Deinde clauſula iſta edicti, *Si qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur in integrum reſtituam*, non de cauſa quauis, quæ iuſta videri poſſit, ſed de iuſta abſentiæ cauſa intelligi debet interprete ipſo Vlpiano ICto in *l. 26. §. fin. ff. ex quib. cauſ. maior.*

Non refragatur porro *d. l. 23. ff. de minor.* vbi dicitur, quod ſi minor 25. annis procurator extiterit atque circumſcriptus fuerit, non quidem dari in integrum reſtitutionem, ſi ſuum ab eo, cuius negocia geſſit, ſeruare poſſit actione mandati contraria, ſed ſi propter inopiam domini actio hæc minori inanis conſtituatur, in integrum eum reſtitui.

Reſp. Hoc, inquam, nobis nõ obſtat, primo quia, vt Giphanius etiam reſpondet *d. l. 23.* de minore loquitur, nõ de maiore 25. annis, minori, facilitate ſua læſo & circumuento, ſuccurritur, & non maiori *l. 1. ff. de minor.* deinde in *d. l. 23* non agitur de reſtitutione domini, ſed de reſtitutione procuratoris, & quidem procuratoris, vt dixi, minoris 25. annis.

Non obſtat denique *d. l. 3. §. 1. ff. de eo per quem.* Reſpond. Nam ibi reſtituitur quidem dominus, ſed aduerſus eum, qui cũ procuratore colluſerat: etſi enim dominus ſi procurator, qui dolum admiſerat, ſoluendo non ſit, in integrũ nõ reſtituatur, ſi tñ procurator cũ aduerſario colluſerit, etiã aduerſarius doli huius & colluſionis nomine actione doli mali cõueniri poteſt *l. 8. §. 1. ff. mandati*, in qua Vlp. *Sed etſi*

per

Digitized by Google

per colluſionem procuratoris abſolutus ſit aduerſarius mandati eum teneri, ſed ſi ſoluendo nõ ſit, tunc de dolo actionem aduerſus eum, qui per colluſionem abſolutus ſit, dandam ait, Et *in l. 7. §. pen. ff. de dolo malo. Si dolo malo procurator paſſus ſit, vincere aduerſarium meum vt abſolueretur, de dolo mihi actio aduerſus eum, qui vicit, competat poteſt quæri: Et puto non competere, ſi paratus ſit reus transferre iudicium ſub exceptione hac ſi colluſum eſt. Alioquin de dolo actio erit danda, ſcilicet ſi cum procuratore agi non poſſit, quia colluſum eſt.*

Non aduerſatur inſuper ſuperiori ſententiæ *l. 26. §. fin. ex quibus cauſis maior.* vbi dicitur, maiorem 25. annis adiuuari oportere, ſiue habuerit procuratorem, ſiue non habuerit. Proinde in integrum reſtituatur, ſi procuratorem habuit & is negligenter & doloſe negocia domini adminiſtrauit. Reſp. Hoc, inquã, ſententiæ noſtræ nihil penitus refragatur: nam ex cauſa abſentiæ iuſta datur maiori 25. annis reſtitutio in integrum: in his quippe, qui abeſſe coguntur, deficit ratio ſuperior, ob quam dicebamus in integrum non reſtitui dominum ob negligentiam procuratoris: ſiquidem ea ſæpe eſt proficiſcentium ratio, atque etiam feſtinatio, aut alia neceſſitas, vt adminiſtrationem negotiorum ſuorum alicui idoneo demandare non poſſint, nec enim ſemper idoneus haberi in promptu poteſt procurator, vt ita abſenti culpa imputari non poſſit, cur non diligentem rerum ſuarum procuratorem conſtituerit.

Non denique aduerſatur, quod ex capite doli concedatur reſtitutio in integrum *l. 1. & ſeq. ff. de in integr. reſtit.*

Reſpond. Nam hæc conceditur ſolum aduerſus fraudantem ac dolum committentem, non aduerſus tertium: quandoquidem vnius dolus tertio, qui particeps eius non eſt, nocere non debet. Ob dolum igitur procuratoris non dabitur domino aduerſus ſuum aduerſarium in integrum reſtitutio.

Tertia quæſtio eſt de contumacia procuratoris, anne hæc noceat domino? Verius autem eſt non nocere: pro qua ſententia bonus & elegans eſt textus *in l. vnic. ff. ſi quis ius dicenti*, vbi Iuriſconſultus, *Si procurator*, ait, *tuus vel tutor vel curator ius dicenti non obtemperauerit, ipſe punitur non dominus vel pupillus.* *Lit. D. Qu. 67. An contumacia procuratoris noceat Domino?*

Et ratio hæc aſſignari ſolet, quod contumacia delictum ſit: procurator autem, terminos mandati excedens, ſi delinquat ipſe puniatur, & non dominus.

Mihi placet diſtinctio vulgo recepta, quod ſcilicet contumacia procuratoris noceat domino in iis quæ pertinent ad iudicii proceſſum, ſic vt ſententia valeat *arg. l. ſi procurator C. de procurat. l. ſi remunerandi. §. 1. Digeſt. mandati.* Non & in cæteris ad proceſſum non ſpectantibus, quoad pœnam infligendam.

RESOLVTIO THESIS
Decimæ tertiæ & Vltimæ.

IN hac quoq; theſi tres mouentur quæſtiones. 1. An procuratori deberi poſſit ſalarium? 2. Vnde debeatur, & qua actione debitum exigi poſſit? 3. Vtrum bonis filiifam. Caſtenſibus accenſeri oporteat.

De prima fere inter omnes conuenit quod procuratori deberi poſſit ſalarium: hoc enim diſerte expreſſum eſt *in l. 1. Codic. mandati*, vbi Seuerus & Antoninus Impp. *de ſalario quod promiſit, apud præſidem prouinciæ cognitio præbebitur*, vnde liquet, quod in cauſa mandati (per quod procurator conſtituitur) ſalarium conſtitui & dari poſſit. Quin etiam *in l. ſi remunerandi. pr. ff. mandati.* id expreſſum eſt: nam ibi Vlpianus, *ſi remunerandi cauſa honos interuenit, mandati actio eſt.* Qu. 68. *An procuratori debeatur ſalarium?*

Obiicitur huic, quod mandatum ſua natura gratuitum ſit, adeo vt ſi merces interuenerit deſinat eſſe mandatum, & incidat in contractum vel locati conducti, vel innominatũ vnde præſcriptis verbis actio naſci-

Digitized by Google

naſcitur §. *fin. l. de locat. conduct. In ſumma,* inquit, *Iuſtinianus*, ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negocii cadere. Nam, mercede conſtituta, incipit locatio & conductio eſſe. Et (vt generaliter dixerimus) quibus caſibus ſine mercede ſuſcepto officio, mandati ſiue depoſiti contrahitur negocium, iis caſibus, interueniente mercede, locatio & conductio intelligitur contrahi, &c.

Repugnat proinde naturæ mandati vt ſalarium debeatur mandatario ſeu procuratori.

Verum enim vero ſi rem recte conſiderauerimus, non eo minus gratuitum eſt mandatum, cum ſalarium ſiue honorarium interuenit: tunc enim mandatum non gratuitum eſſe intelligitur, cum ab initio recipitur mãdatum ea lege, vt mercedẽ certã pro opera accipiat, aut accipiat eã, de qua poſtea cõueniet: hac quippe cõuentione interpoſita verum eſt, quod ſupra dictum fuit, quod aut locatio contrahatur aut alius contractus ex quo præſcriptis verbis actio naſcitur: at cum mandatum ab initio gratis recipitur à procuratore ſeu mandatario, tunc vero mandatum eſt gratuitum: at tunc ſalarium & honorarium deberi puto, quod mandato gratis recepto dominus idemque mandator ſalarium ſua voluntate conſtituit, ſine vlla neceſſitate conuentionis aut contractus. Hinc liquet quidnam interſit inter mercedem, pro opera conſtitutam, & ſalarium: vtrumque pecunia eſt pro opera cõſtituta, ſed merces conuentione ab initio conſtituitur, ſalarium poſtea, cum ab initio mandatum gratis eſſet ſuſceptum: non quia prohibeat natura mandati quo minus honos vel ſalarium recte interueniat poſtea vt conſtituatur, beneficii, non mercedis cauſa, & vt dicitur *in d. l. ſi remunerandi*, dum conſtituatur remunerandi & honoris cauſa.

Qu. 69. Vnde debeatur procuratori ſalarium?

Sed vnde & qua ex cauſa debeatur ſalarium procuratori, ſecundo loco quæritur?

Et ex contractu mandati non deberi, certi & explorati iuris eſſe videtur.

Primo quia ſi ex mandatu debetur ſalarium, tum petitur aut directa, aut contraria actione mandati: at neutra: non directa, quoniam hæc procuratoribus non competit, ſed nec peti poteſt contraria, quia in contrariam mandati actionem id ſaltem venit, quod procuratori videtur abeſſe.

2. Accedit ſecundo quod extra ordinem dicitur ſalarium peti *l. 1. C. mandati.* Atqui actio mandati non eſt extraordinaria ſed ordinaria.

3. Quodcunque in contractum mandati conuentione contrahentium non deducitur, id ex contractu deberi dici non poteſt: atqui ſalarium in contractum mandati vtriuſque conuentione & conſenſu non deduci, ſupra oſtenſum fuit: proinde ex contractu mandati ſalarium non debetur.

Nec obſtat *l. 6. pr. ff. de mandat.* In qua Vlpianus ſcribit, *ſi renumerandi gratia honor interuenit, erat mandati actio.* Quod ſi itaque de ſalario mandati actio competit, vtique ex mandato debebitur.

Reſpond. Hoc enim non vult Iuriſconſultus, quod mandati actio ſit de ſalario, ſed quod ſi honorarium interueniſſet de cæteris rebus in mandatum deductis ſit mandati actio: nam dubitari poterat vtrum honorario, ſeu ſalario interueniente, ſit mandatum & mandati actio competat, quia non videbatur eſſe gratuitum: ad hoc igitur obſtaculum remouendum recte Vlpianus reſpondit, ſalario interueniente eſſe nihilominus mandatum & mandati actionem.

Hanc autem veram eſſe ſententiam huius legis patet exinde, quod Iuriſconſultus *in d. l. 6. §. ſeq. 1.* particula HAC demonſtret actionem mandati, de qua prius fuerat locutus *in pr.* per actionem vero

vero iſtam intelligit actionem directam quæ mandatori datur.

Ergo cum *in pr* dixit, Salario interueniente, mandati actionem eſſe, ſignificauit actionem mandati directam eſſe. Porro mandati actio directa de ſalario non competit, quoniam ſalarium debetur procuratori, huic autem contraria actio mandati datur, non directa. Proinde Vlpianus non ſenſit, mandati actionem de ſalario dari, quando dixit, Salario interueniente mandati actio eſt.

Extra ordinem igitur petitur ſalarium cognitione prætoris præſidisque ſi nuda pollicitatione aut nudo pacto fuerit promiſſũ, quoniã ex pollicitatione nuda vt ẽt ex nudo pacto nulla naſcitur iure ciuili actio *l. 7. §. 5. Digeſt. de pact.* Atque de hoc accipi debet *d. l. 1. Codic. mandati.* quo loco Imp. de ſalario autem quod promiſit, apud præſidem prouinciæ cognitio præbebitur.

Sic autem demum pollicitatio ac promiſſio ſalarii valet cum certæ eſt quantitatis: nam ſi incertæ pollicitationis eſt, vt ſi mandator non definite nec certa quantitate ſalarium promiſit, ſed generaliter pollicitus eſt ſe non ingratum fore, ſed honeſtum aliquod ſalarium præbiturum, vel ſi ita dixerit exequere quantum potes mandatũ, polliceor tibi me memorem futurum & ſalarium daturum, cuius te non pœnitebit; eiuſmodi, inquam, promiſſio promittentem non obligat nec ſalarium extra ordinem peti poteſt.

Id quod non vno in loco iuris noſtri expreſſum reperiatur. Nam *in l. 17. Codic. mandati. Salarium incertæ pollicitationis peti non poteſt*, Et *in l. 56. §. 3. Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque iudicio mandati, vt tibi conſtituatur.*

Quo ipſo manifeſtiſſime refellitur opinio Weſenbecii, qui ſalarium incertæ & indefinitæ quantitatis extra ordinem ab iis peti poſſe, aſſerit, qui accipere alioqui ſolent, vt ſint aduocati & procuratores ad litem.

Ratio autem huius eſt hæc, quod in genere nulla conuentio, nulla promiſſio aut ſtipulatio valeat, quæ rem certam non continet, cum nihil interſit, vtrum incerta res, an vero plane nulla fuerit promiſſa *leg. ſtipulatus princip. Digeſt. de verb. obligat.*

Stipulatione debetur & petitur ſalarium ſi fuerit ſtipulatione promiſſum, præſcriptis verbis ſi initio nudo pacto ſalarium fuerit promiſſum, ita ſi litem ſuſceperit ac mandatum bene executus fuerit procurator: nam tum cauſa hæc ſubſecuta pactum quod prius nudum erat complementum accipit & in contractum innominatum incidat *l. 45. Digeſt. de pact.* ex quo contractu præſcriptis verbis actionem naſci conſtat *tot. titul. ff. de præſcript. verb.* *Lit. B.*

Nec moueor eo, quod contra Donellus obiicit, quod ſalario conſtituto, nullum negocium ciuile proprie geratur: quia, etſi dominus conſtituat hoc animo ſalarium vt procurator negocium gerat, procurator tamen non ideo accipiat ſalarium vt negocium gerat, cum & iam ſine ſalario geſturus eſſet mandatum, quod ab initio ſponte ſuſceperat.

Reſpond. Vt enim ſalarium non ideo datur à domino, vt gerat negocium procurator, quod gerendum nullo etiam ſalario conſtituto ab initio ſponte ſuſceperat; ſed quo illud, quod etiam ſine ſalario geſturus erat, procurator eo alacrius & diligentius gerat; ita quoque hoc ipſo animo à procuratore ſalarium acceptari cenſetur.

Quin etiam procuratoribus iudicialibus non ſolum tunc debetur ſalarium cum conuentione illis promiſſum eſt, ſed etſi nulla conuentione fuerit promiſſum,

Google

illiſque conſtituitur ſalarium pro æſtimatione magiſtratus. Qua de re textus eſt *in l.1.§.10.ff.de extraordinar.cognit.* vbi dicitur: *In honorariis aduocatorum ita verſari iudex debet, vt pro modo litis proque aduocati facundia & fori conſuetudine & iudicij, in quo erat acturus, aſtimationem adhibeat.*

Et quanquam hæc lex de aduocatis loquatur, quos à procuratoribus diuerſos eſſe ſupra dictum fuit, quin tamen appellatione aduocati procurator hic comprehendatur, nullum mihi dubium eſt: nam in eadem *l.1.§.11.* Aduocati definiuntur omnes omnino qui cauſis agendis quoquo ſtudio operantur.

Lit. D. Qu. 70. *An ſalarium procuratoris iudicialis debeat annumerari quaſi-Caſtrenſibus bonis?*

Tertia & poſtrema quæſtio hæc eſt, anne ſalarium procuratoris iudicialis acenſeri debeat, quaſi-Caſtrenſibus, an vero aduentitiis bonis?

Autor noſter illis ſubſcribere videtur, qui quoad ius vetus Iuſtinianeum ſalarium aduocatorum aduentitiis bonis annumerant. Quoad ius vero nouum, quo hodie vtimur bonis Caſtrenſibus.

Quæ opinio hoc nititur fundamento, quod olim, iure Iuſtinianeo, officium procuratoris fuerit vile, infame ac priuatum *l.ſi quis 34.C.de decurionibus.* ac propterea quod exinde acquiritur, non auctoramentum alicuius doctrinæ vel ingenii, ſed ſolummodo quæſtus communis negociationis. Ita Bald. *in l.Cum oportet.C.de bonis qua lib.* Iaſon. *in rubrica C. de procur. nu. 7.* Weſenbecius *in paratitl. de proc.n.10.* Emanuel Mendez *ad d.l.cum oportet.n.183.*

Ego, quanquam rationem hanc ſatis imbecillem & lubricam, cum ſub finem theſis ſextæ liquido demonſtratum fuerit officium procuratoris iudicialis & olim ſub Iuſtiniano fuiſſe publicum & honorabile.

Veriſſimam tamen hanc iudico ſententiam, quod cum contra ius commune (quod bona à filiisf. acquiſita parentibus eorum, ad minimum, quoad vſumfructum, addicit) bona iſta, quæ aduocatis aut aliis in dignitatibus & adminiſtrationibus poſitis iure caſtrenſis peculii addicantur, adeoque ius hoc ſit exorbitans ac certarum perſonarum priuilegium contineat, nullibi vero procuratoribus iudicialibus tributum reperiatur; Idcirco ne quidem ex paritate rationis ad exemplum trahendum & ad procuratores extendendum.

Quanquam communis ſit concluſio, quod cum hodie in bene ordinatis iudiciis procuratores iurati conſtituantur, qui certi & intra numerum ſint, atque maximam cum aduocatis conuenientiam habeant, ſalarium ipſorum pro quaſi-Caſtrenſi peculio habeatur, quam ſententiam in medio relinquo.

Finis huius diſputationis Nonæ.

VOLV.

VOLVMINIS PRIMI
DISPVTATIO DECIMA,
De
NEGOTIIS GESTIS.

QVÆSTIO I.

I. An negotiorum geſtio ſit contractus? 695.
II. Vtrum qui geßit negotia hereditaria, cenſeatur defuncti & heredis negotia geßiſſe? 696
III. An negotiorum geſtorum actio competat, ſi quis ſcientis geßit negotia? 697
IV. An in culpa ſit alienum negotium ſine mandatu gerens? 699
V. An negotiorum geſtorum actio etiam aduerſus curatorem detur? 702
VI. An tutori poſthumi detur actio negotiorum geſtorum? 704
VII. De quanam culpa teneantur heredes tutorum? 705
VIII. Quæ actio detur aduerſus hominem liberum bona fide ſeruientem, qui aliquid ex mandatu geßit? 708
IX. An mater impendens aliquid in liberos recuperet impẽſas actione negotiorum geſtorum? 709
X. An mater ipſa lactare teneatur infantem? 711
XI. An vitricus recipiat impenſas? 712
XII. Quod ſi priuignus fuerit in ſeruitio vitrici? 713
XIII. An filius habeat repetitionẽ ſumptuũ in patrem factorum? ibid.
XIV. An res, quas ſponſus ſponſæ donare voluit, ſi pater acceperit, actione negotiorum geſtorũ peti poßit? 718
XV. Si negotiorum geſtorum pecuniã domini in ſuos vſus conuerterit, teneatur de maximis vſuris? ibid.
XVI. Quando ex contractu adminiſtratorũ ciuitatis obligetur ciuitas? 719
XVII. An ex delicto ciuitas obligetur? ibid.
XVIII. Quando directa competat actio & num adhuc ſit aliqua differentia inter directam & vtilem actionem? 720
XIX. An negotiorum geſtor teneatur de culpa leuißima? 723
XX. Quando negotiorum geſtor non tenetur de culpa leuißima? 726
XXI. Quando negotiorum geſtor teneatur de caſu fortuito? 727
XXII. An contraria actio negotiorum geſtorum competat geſtori, ſi inutiliter geſſerit negotia & dominus ratum habuerit? ibid.

RESOLVTIO DISPVTATIONIS X.

De NEGOTIIS GESTIS.

THESIS I.

Reſolutio.

Litera A. DIctum eſt proxime de procuratoribus, qui negotia aliena mandatu domini adminiſtrant *leg.1.Digeſt.de procurator.*

Dicendum nunc ſequitur de his, qui aliena negotia ſine mandatu adminiſtrant. Hi verò NEGOTIORVM GESTORES dicuntur *tot. tit. Digeſt. & Codic. de negot. geſtis.*

Negotii autem appellatio generaliter omne id complectitur, quod ad rem familiarem pertinet, *l.1.ff.de negot geſt.*

Sic & *gerere* ita latè capitur, vt *facere* & *agere* contineat & hæc gerere, facere & agere ſint ſynonima *l.58.Digeſt.de verb.ſignificat.* vbi Gaius *Licet inter geſta & facta videtur eſſe quædam ſubtilis differentia. Attamen καταχρηστικῶς nihil inter actum & geſtum intereſt.*

Diſtinguuntur autem hæc duo, *actum* & *geſtum*, ita, vt *actum* ſit ipſum factum, quo res & negotia fiunt, quo verba proferuntur, quo conſentiunt vel diſſentiunt contrahentes. *Geſtum* vero non tam factum ſit, quam totius rei compendium, quod expeditur, h.e. totius rei, vel negotii modus & tractatus, ſiue perficiatur, ſiue quid imperfectè agatur. Gœdd. in *l.19.ff.de verb.obl.* qui geſtum ab acto eo differre ait, quod actum latius ſit, quam geſtum; quoniam geſtũ ad ea tantũ acta refertur, quæ aliquam rei vel negotii adminiſtrationem habẽt, ſiue ea adminiſtratio publica ſit, ſiue priuata *l.Gaius Seius.ff.de vſur.l.2.§.geſtũ.ff.ad municipal.l.1.§.cum ſeruus.ff.de his qui deiecer.& effud.l.vlt.ff. de aleatorib.* vbi itaq; agendo nihil adminiſtratur, ibi nihil etiam geſtum eſſe dicetur.

Et quanquam Laurent. Valla *libr.4.elegant.9.* contendat *geſta* referri oportere ad Rempub. maiorisq; dignitatis: *acta* etiam ad priuata referri debere, adeoq; velit *gerere* & *agere* pro ſynonimis vſurpari non poſſe; rectè tamen hoc Alciat. Brecheus, & Gœdd. doctiſſimi ICti, exinde refellũt, quod & Cicero, eloquentię parens negotium geſtum ad rem priuatorũ familiarẽ ſæpè retulerit; idemq; & alii latinæ linguæ ſcriptores feciſſe deprehendantur.

Et quanquam actum ſæpè, etiam in legibus noſtris, ad acta publica & cõmentaria magiſtratuum ſignificãda, adhibeatur *l.acta l.actorum.ff.de re iud.§.fin.Inſt.de adopt.* id tamen perpetuum & regulare non eſt, vt probant *l.58.ff.de verb.ſignf.l.ſemper in ſtipulat.ff. de reg. iur. l. 2.ff.de capit.minut.l.3.de ſolut.l.22.l.26.l.27.§.pen.ff.de pact.*

Adſtipulatur huic aſſertioni etiam Cicero: *Quæ geruntur, accipies ex Pollione, qui omnibus negotiis non interfuit ſolum, ſed etiam præfuit*: Item, *Licinio, quæ ſint acta queq; agantur, domeſticorũ tibi literis declarari puto.*

Et Terent. *Actum eſt ſiquidẽ.* Et *actam comœdiam legimus*, & *actũ agere* in proverbio. Plura vide apud Gœdd. in *l.19. de verb.ſign.* Hinc cum actũ, geſtũ & contractũ ab invicẽ differant: ſtipulatio verò, autore Labeone

beone & Vlpiano, ad actũ referatur, ſunt quidam qui ſtipulationẽ contractum eſſe negent. Sed de hac quæſtione ſuo loco infra in *diſput. de verb. obligat.* dicetur.

Lit. B. Qu. 1. An negotiorum geſtio ſit contractus?

Cæterum negotiorum geſtio, prout hoc loco capitur, rectè definitur quod ſit *quaſi-contractus, quo quis alterius negotium ſine mandato gerendum ſuſcipit.*

Primo dicitur *quaſi-contractus*; quia ipſe Iuſtinianus in *tit. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contractu* Negotiorum geſtionem quaſi-contractibus apertè annumerat.

Et ſane, verum contractum non eſſe, inde conſtat quod nullus contractus ſit, qui non habeat in ſe conuentionem, ſiue re, ſiue verbis fiat, dicente Vlpiano in *l. 1. §. 3 de pact.* Atqui Negotiorum geſtio verum conſenſum in ſe non continet, neq; expreſſum, quod certum eſt, neque tacitum, quia nihil inter geſtorem & dominum abſentem, ſuaque negotia ab altero geri ignorantem, intercedit, ex quo conſenſus illorum aliquis colligi queat.

Attamen quia conſenſus præſumptus intercedit, cum quiſq; præſumatur gerenti negotia ſua conſentire, eaq; geri potius quam negligi velle; idcirco dicitur quaſi-cõtractus negotiorum geſtio; ex quo dominus geſtori, & viceuerſa geſtor domino obligetur. Atque hoc vtilitatis cauſa receptum eſſe Iuſtinianus ſcribit in *§. 1. Inſt. de obligat. quæ quaſi ex contractu.*

Et Gaius in *princ. l. 5. ff. de obligat. & act.* Si quis abſentis negotia geſſerit, ſiquidem ex maleficio, palã eſt ex contractu naſci, inter eos actiones mandati, quibus inuicem experiri poſſunt de eo quod alterum alteri ex bona fide præſtare oportet: ſi verò ſine mandatu: placuit quidem ſanè eos inuicem obligari, eoque nomine proditæ ſunt actiones, quæ appellamus negotiorum geſtorum, quibus æquè inuicem experiri poſſunt de eo, quod ex bona fide alterũ alteri præſtare oportet. Sed neq; ex contractu, neque ex maleficio actiones naſcuntur: neq; enim is, qui geſſit, creditur ante contraxiſſe, neque vllum maleficium eſt ſine mandatu alienam ſuſcipere negotiorum adminiſtrationem. Longe magis is, cuius negotia geſta ſunt, ignorans aut contraxiſſe, aut deliquiſſe intelligi poteſt, ſed vtilitatis cauſa receptum eos inuicem obligari.

Nec huic ſententiæ refragatur quicquã, quod negotiorum geſtio contractus appelletur & veris contractibus, videlicet mandato, commodato, emptioni, pignori, locationi &c. accenſeatur in *l. 23. ff. de R. Iur. l. 16. ff. de Neg. geſt.*

Reſp. nam ibi nomen *contractus* generaliſſime accipitur, ſic vt ea quoque negotia, quæ veris contractibus annumerari nullo modo poſſunt, ſub ſe complectatur; veluti precarium & tutelam. Generali autem ſignificatione contineri negotiorum geſtionem, negari non poteſt. Non refragatur præterea quod Negotiorum geſtio in ſe ſynallagma cauſam ſiue negotium contineat: negotium verò ſeu cauſa ſit forma contractus eſſentialis *l. 7. §. 2. ff. de pact.*

Reſp. nam hinc ſanè perperam colligitur, quod negotiorum geſtio ſit verus cõtractus, ſiquidem ſola forma rem & eſſentiam alicuius non perficit, ſed amplius ad perfectionem eius deſideratur materia, quæ in Negotiorum geſtione apertè deficit: materia quippe contractus & conſenſus *d. l. 1. §. 2. ff. de pact.* conſenſus autem verus, in negotiorum geſtione non reperitur, vt ſupra oſtenſum fuit.

Relinquitur proinde negotiorum geſtionem non eſſe verum, ſed quaſi-contractum.

Lit. C. Qu. 2. Vtrũ qui geſſit negotia hereditaria, cenſeatur defuncti & heredis negotia geſſiſſe?

Additur in definitione negotiorum geſtionis, Qvo Qvis Alterivs negotium ſuſcipit. Quod ad negotia quoque hereditatis iacẽtis accommodandum eſt.

Per textum expreſſum in *l. 3. §. 6 de negoc. geſt.* quæ ita habet. *Hæc verba; ſiue quis negotia quæ cuiuſque cum is moritur, fuerint, geſſerit, de quo fuit neceſſarium edicere,*

quo-

quoniam neque teſtatoris iam defuncti, neque heredis, qui nondum agit, negotium geßiſſe videtur. Sed ſi quid acceßit poſt mortem, vtputa partus, & fœtus, & fructus, vel ſi quid ſerui acquiſierint, etſi ex his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi, hinc relucet quod, etſi, veritate rei inſpecta, hereditati iacenti nihil acquiri poſſit, neque negotia eius geri valeant, æquitate tamen & fictione iuris, iacentis quoque hereditatis negotia geri eidemque per ſeruos aliosque acquiri poſſit.

Cæterum duo in hac Vlpiani ſententia videntur aperto iuri eiuſdemque rationi manifeſtiſſimè aduerſari. *Vnum* quod is, qui hereditatis iacentis negotia geſſerit, non intelligatur geſſiſſe negotia defuncti: *Alterum* quod idem nec heredis negotia geſſiſſe cenſeatur.

Etenim prius refragatur plurimis locis, quibus adeo diſertè affirmatur, quod quandiu hereditas adita nõ eſt, ea defuncti perſonam repræſentet *l. non minus. 31. §. 1. ff. de heredib. inſtit. l. in eo 33. §. vlt. & l. ſeq. ff. de acquir. rer. dom. l. 22. ff. de vſucap. §. 2. I. de hered. inſtit.*

Poſterius refellitur exinde, quod ex eo die, quo heres adierit hereditatem, iam inde ex die mortis teſtatoris adiiſſe retrofingatur *l. heres quandocunque 49. ff. de acquir. hered. l omnia 131. de Reg. Iur.* Et conſequenter heredis negotia geſſiſſe videatur, qui geſſit hereditaria.

Hinc in *l. 28. §. vlt. ff. de ſtipulat. ſeruor.* Gaius ſcribit: *Illud quæſitum eſt, an heredi futuro ſeruus hereditarius ſtipulari poßit; Proculus negauit, quia is eo tempore extraneus eſt. Caßius reſpondit, poſſe, quia poſtea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto ſucceßiſſe. Quæ ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funeſta facta intelligitur, licet poſt aliqud tempus heres extiterit, manifeſtum igitur eſt, ſerui ſtipulationem ei acquiri.*

Atque hoc ipſum quoque confirmat non parum vulgaris iſta iuris regula quod omnis hereditas, quamuis poſtea adeatur, tamen cum mortis tempore continuatur *l. 138 de R. Iur.* Eodemq; ſpectat & alia regula iuris: quod omnia ferè iura heredum perinde habeantur, ac ſi continuò ſub tempus mortis heredes extitiſſent *L. 193. de R. Iur.*

Accedit his quod hereditas iacens dicitur ſuſtinere perſonam heredis in *L. 24. ff. de nouat.*

Veruntamen, his non obſtantibus, vera eſt nihilominus Vlpiani ſententia quod is, qui hereditatis iacentis negotia geſſit, neque defuncti, neque heredis negotia geſſiſſe videatur.

Si enim rei veritas ipſa ſpectetur, omniſque iuris noſtri fictio tollatur, certũ eſt res hereditarias ante aditionem eſſe nullius *l. 1. ff. de rerum diuiſ.* Nec dici poſſe heredis, hereditate nondum ab ipſo adita, cum etiam incertum ſit, anne hereditatem aditurus ſit, nec ne.

Atqui in negociorum geſtorum actione exiſtimauit Vlpianus fictionem iſtam ciuilem ceſſare, propterea quod negotiorum geſtorum actio nõ niſi ex vera & naturali geſtione inducatur *l. 8. §. 7. & l. 10. §. ſi libero. ff. hoc tit. de negot. geſtis.* Cui ſane conſequens fuit, neque heredi competere negotiorum geſtorum actionem de eo, quod iacente hereditate geſtum erat: vt ita ſpecialiter de eo caueri fuerit neceſſarium.

Proinde quæ argumenta in contrariũ ſunt adducta, quibuſque oſtenditur quod heredis negotia non geſſerit, qui iacentis hereditatis geſſit negotia mera iuris fictione nituntur & hoc duntaxat probant quod fictione iuris ciuilis efficiatur vt heres ſcriptus ante hereditatẽ aditã habetur pro herede, quodque hereditas defuncti perſonam repræſentat: nam veritate ipſa inſpecta omnia hæc ſecus ſeſe habent: fictio autem iſta in *d. l. 3. §. 6.* non attenditur, ob rationem prius aſſignatam. Obſeruandum verò eſt, præfatam fictio-

ctionem procedere duntaxat in iis, quæ ſunt iuris, non quæ ſunt facti: idq́; innuit Imperator Iuſtinianus in *pr. Inſt. de ſtipulat. ſeruor.* vbi ait, *in* PLERISQVE *hereditatem ſuſtinere perſonam defuncti.*

Hinc etiam quod in *dict. l. 28.* dicitur, ſeruum hereditarium ſtipulando acquirere heredi futuro, non abſolutè, nec ſimpliciter verum eſt, ſed tunc demum procedit, quando nominatim pòſt adituro heredi pactio vel ſtipulatio facta eſt ita, Titio heredi, aut Titio domino *l. ſeruus hereditarius. ff. de ſtipulat. ſeruor.*

Quæ. 3. *An negotiorum geſtorum actio competat ſi quis ſciẽtis geßit negotia?*

Addit author quaſi-contractum negotiorum geſtionis contrahi, ſi quis non ſolum *ignorantis*, ſed & ſi *ſcientis* negotia gerenda ſuſceperit. Verum de hac ſententia haud immeritò quis dubitare poſſet.

Nam in *l. 5. princ. Digeſt. de obligat. & act.* ex eo, quod ignorans nec contraxiſſe nec deliquiſſe dici poſſit, concludit ICtus Vlpianus, negotiorum geſtionem non eſſe verum, ſed quaſi-contractum: atqui male ſic ICtus colligeret, ſi ſcientis negotia gerens, negotiorum quoq; geſtorum quaſi-contractum iniiſſe diceretur.

2. Accedit deinceps, quod mandatum non ſolũ expreſſo, ſed & tacito conſenſu contrahatur: at ſcientia tacitum inducat conſenſum, tacitumq́; arguat mandatum: nam ſic in *l. 5. Cod. de locato. voluntas & ſcientia* pro ſynonimis capiuntur; ita vt quod ab initio *voluntas* dicebatur, ſub finem appelletur *ſcientia.* Et qui ſcit, nec contradicit, velle ac conſentire dicitur in *l. 1. §. ſcientiam. ff. de tribut. act. l. 2. §. voluntate. Digeſt. de ſolut. matr.* Proinde cum ſciẽtis negotia & patientis geruntur, non negotiorum geſtorum, ſed mandati competit actio.

3. Idemq́; confirmare videtur textus in *l. 2. Digeſtis. de negot. geſt.* in verbis, *Si quis abſentis negotia geſſerit, licet ignorantis.* Vnde manifeſtè relucet quod ſcientis negotia gerens non obligetur ex quaſi-contractu negotiorum geſtorum; ſed ex contractu mandati teneatur.

Et in *§. 1. Inſtit. de obligat quæ quaſi ex contractu naſc.* idem perſpicue proponitur, quod negotiorum geſtorũ actio competat ſi quis abſentis & ignorantis negotia geſſerit: at ſi idem ſtatuendum foret cum negotia ſcientis geruntur, quid opus eſſet expreſſam ignorantis mentionem fieri?

4. Atq; huc inprimis facere videtur vulgaris iſta iuris regula, quod ſemper qui non prohibet pro ſe interuenire, mandare credatur *l. 60. de regul. iur.* Cui conſequens eſt, quod ſi quis ſciat negotia ſua ab alio geri, nec prohibeat vel contradicat cenſeatur mandare, vt negotia ſua gerantur, adeoq́; non competat actio negotiorum geſtorum, ſed mandati.

5. Idemque clare & perſpicuè euincit *l. 6. §. 2. ff. de mandato.* quo in loco Vlpianus: *Si paſſus ſim, aliquem pro me fideiubere, vel alias interuenire; mandati teneor, & niſi pro inuito quis interceſſerit aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.*

6. Denique confirmat eandem opinionem *l. 6. Cod. mandati.* In qua Gordianus, *Si fideiuſſor pro reo fidem ſuam adſtrinxit; mãdati cum eo poſt exſolutam pecuniã vel ſactam condemnationem, poteſt actionem exercere.* Vnde colligitur quod ad tacitum mandatum ſola patientia & ſcientia ſufficiat.

Sed his nihil quicquam motus intrepide ſtatuendum cenſeo, eo caſu, quo quis ſcientis & abſentis negotia geſſerit, negotiorum geſtorum teneri: nec mandatum contractum eſſe præſumi.

Quam ſententiam mire confirmat *d. l. 2. Digeſt. de negot. geſtis.* vbi Iuriſconſultus ait negotiorum geſtorum actionem locum habere, ſi quis abſentis negotia geſſerit, LICET ignorantis, quæ verba ſatis innuunt non tantum ignorantis, ſed & alterius alicuius, nempe ſcientis negotia ſi gerantur negotiorum geſtorum actionem competere: nam particula iſta *licet* eſt implicatiua & amplius quippiam implicat & includit, quam quod in oratione verbis exprimitur.

Tttt Idemq́;

Digitized by Google

Idemque colligitur ex *dict. §. 1. Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.* dum ibi dicitur: *Eos, quorum negotia geſta fuerint,* ETIAM *ignorantes obligari.* Ex quo profectò ſequitur, quod non ſolum ignorantes obligentur negotiorum geſtorum, ſed & ſcientes: alioquin abſolute Imperator dixiſſet obligari ex negotio geſto ignorantes, nec addidiſſet particulam implicatiuam & extenſiuam ETIAM. Nec refragantur quæ pro contraria opinione facere videntur.

Nam ad primum reſpondetur, quoniam plerumque abſentis & ignorantis negotia ab alio, citra mandatum, gerenda ſuſcipiuntur, idcircò rectè Iuriſconſultum ex eo, quod vtplurimum accidit, arguit Iuriſconſultus negotiorum geſtionem non eſſe contractum verum.

Ad ſecundum reſpondetur adductam *l. 5. Cod. de locato.* intelligendam eſſe de domino præſente ac ſciente res aliquas à colono in fundum conductum induci: atqui ſi non ſolum ſciente, ſed & præſente domino aliquid fiat, tacite conſenſiſſe intelligitur, atque ex præſentia ſcientia & patientia tacitus colligitur domini conſenſus Vultei. *libr. 1 de feud. cap. 10. num. 64.* Roſenthal. in *ſynopſi feudali. concl. 29.* Quod tamen ita verum, ſi vt ſupra dictum in *diſputat. præcedent. theſ. 9. litera B.* res non obfutura, ſed profutura ſit domino. Et ſanè in *dict. l. 5.* non agitur de domini præiudicio, ſed de commodo ipſius; intereſt quippe eius in fundum locatum res à colono inferri, cum illæ tacito pignore ipſi obſtringantur, atq; per eaſdem ſecurior ipſe reddatur de mercede locationis.

Ad tertium iam ſupra reſponſum eſt, dum oſtenſum fuit, quod textus adducti perſpicuè euincant contrarium, quod nempe ſcientis negotium gerens negotiorum geſtorum actione teneatur; vt proinde grauiter diſſentientes errent, dum in allegatis textibus aliquod ſententiæ ſuæ præſidium ponendum exiſtimat.

Cur autem expreſſam ignorantis mentionem faciant adducti textus, ratio non hæc eſt, quod ſolius ignorantis negotia gerens negotiorum geſtorum actionem habeat; ſed ideo potius quia de ignorante, vtrum negotium ipſius gerenti obligetur, magis dubitari poterat, quam de ſciente, quoniam hic quodammodo conſentire videretur.

Ad quartum, quintum & ſextum reſponderi ſolet, vt prius ad ſecundum, non ſolum de ſciente, ſed de præſente etiam domino textus adductos intelligendos eſſe.

Sed melius ac tutius reſpondetur per diſtinctionem: ita vt ſi quid fit noſtra cauſa, quod totum ad vtilitatem noſtram plenè pertinet, ſi patimur id fieri, neq; contradicimus, pro conſentientibus habemur. Coniectura huius voluntatis eſt manifeſta ex affectu communi omnium hominum, quoniam omnes homines ſe amant & volunt quæ petunt ſibi expediri, nec quiſquam reperitur, qui commoditates ſuas effundat, & non potius complectatur.

Atque huius exemplum exhibetur nobis in *dict. l. 6. §. 2. Digeſt. mandati l. 6. Codic. eod. tit.* fideiuſſio quippe pro nobis interpoſita cedit ad vtilitatem noſtram quia omne fideiuſſionis commodum ad nos pertinet principaliter, nec principaliter ad nos ſpectat vllum incommodum. Eò enim ſpectat fideiuſſio, vt facilius pecuniam accipiamus à debitore, vel acceptam ſeruemus, & quamuis pecunia à fideiuſſore ſoluta, nos illi obligemur, tamen id ex poſt facto accidit, & per conſequens, non principaliter, deniq; accidit ex ſoluta pecunia, non ex fideiuſſione.

Quod ſi verò id, quod fit, pertinet ad nos onerandos & obligandos, vel ad rei, vel ad iuris alicuius noſtri imminutionē, cōtraria ſilentiū interpretatio eſt, & ſilentium ha-

Digitized by Google

tium habetur pro diſſenſu, qui tacet, habetur pro diſſentiente & inuito, & quod non contradicit, id non eo fit quod conſentiat, ſed quod tacendo mavult vitare invidiam aut odium contradictionis, coniectura ex contrario affectu ducta, quia vt homines amant vtilitates ſuas, ſic incommoda & inutilia auerſantur & quantum poſſunt, à ſe reiiciunt arg. *l. cum de iud. ff. de prob.* atque huc referri oportet, quod ſupra in *diſputat. de procuratoribus theſi 9.* dictum eſt de procuratoris conſtitutione, quod nempe ea colligi non poſſit ex præſentia, ſcientia & taciturnitate quoniam de inſigni præiudicio domini agitur, plurimum quippe intereſt eius litem non à quouis agitari.

Hinc etiam ſi quis aduerſarie ſuo in iudicio me conſtituiſſet procuratorem, tãetſi me præſente factum id eſſet, tamen niſi aperto conſenſu, pro inuito habetur & diſſentiente, quia procuratio me onerat, nec veriſimile eſt, me velle hoc onus ſuſcipere *l. filiusfam. §. inuitus. ff. de procurat.*

Hinc proinde concludendum eſt, mãdatum ex ſcientia, patientia ac præſentia domini nõ aliter induci, quam ſi ad commodum domini manifeſte ſpectet quod agitur, vide ſupra in *diſputat. de procurat. th. 9. Litera B.*

Littera D. Subiicitur poſtremò in definitione negotiorum geſtionis, Sine mandato *gerendum ſuſcipit.*

Quibus verbis differentia ſpecifica negotiorum geſtoris ac procuratoris continetur. Procurator quippe eſt, definiente ICto in *l. 1. pr. ff. de procur.* qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat, & ſemper eſt cum mãdato, vel tacito, vel expreſſo. At negotiorũ geſtor, qua talis, ſemper eſt ſine mandatu: quamuis in eo conueniant, quod negotium alienum adminiſtrent, atque hoc diſertè expreſſum eſt in *l. 5. pr. ff. de oblig. & act.* vbi Gaius: *Si quis ababſentis negotia geſſerit, ſiquidem ex mandatu, palàm eſt ex contractu naſci inter eos actiones mandati, quibus inuicem experiri poſſunt de eo* quod alterum alteri ex bona fide præſtare oportet: ſi verò ſine mandatu, placuit quidem ſanè eos inuicem obligari, eoq; nomine proditæ ſunt actiones, quas negociorum geſtorum appellamus &c. Cæterum geri dicitur negotium actu quodam ad comparandam obligationem interpoſito, vt ſatis arguunt *l. 17. §. 3. ff. commodati l. 33. ff. de condict. indeb. l. 15. 19. 22. ff. de præſcript. verbis.* Si enim non eo animo negotiũ geratur, vt gerens ſibi obligatum habeat dominum, cuius negotium gerit, certum eſt ex negotio, quod geſtum eſt, obligationẽ non naſci: cum tralatitium ſit, quod actus agentium vltra intentionem illorum nihil operari ſoleant.

Cæterum huic contractui negotiorũ geſtorum non parum refragari videtur vulgaris iſta iuris regula, quod culpa ſit ſe immiſcere rei ad ſe non pertinenti, quæ regula proponitur in *l. 36. de reg. iur.* Item quod non ſit ſine culpa qui rei, quæ ad eum non pertinet, ſe immiſcet. *capit. non eſt 19. de reg. iur. in ſext.* Quod ſi igitur ei, qui ſponte, nulla neceſſitate coactus, aliena negotia adminiſtrat, culpa huius imputare poſt, quod ſe negotio alieno immiſcuerit, ſequitur dominum negotii non teneri geſtori obligatum ex geſtione: neq; tunc quod impendit, recuperare poſſe. Quæ. 4. *An in culpa ſit alienum negotiũ ſine mandatu gerens?*

Sed tamen quod nulla culpa imputari poſſit illi, qui alterius abſentis negotia neglecta vltrò adminiſtranda ſuſcepit, veriſſimum eſt.

1. Quia iure cautum eſt alterius conditionem licere omni iure meliorem facere *l. ſoluẽdo 39. ff. de neg. geſt.* Proinde cum quis abſentis negotia gerẽdo eius conditionẽ meliorem efficit, non peccat, nec in culpa eſt, cum id, iure permittente, faciat.

2. Quia ſicut publicè intereſt perſonas defendere *l. ſeruum. §. publicè. ff. de procurat.* Ita quoque res, quæ alter ſanguis ſunt hominis. *l. 1. ff. vnde vi. l. furem. ff. ad L. Cornel.*

de ſicariis. adminiſtrare, & adminiſtrando cõſeruare ac tueri permiſſum licitũq; erit.

3. Quia quiſq; ad negotia abſentium gerenda inuitatur *l. 5. ff. de obligat. & action.* in verb. *quorum negotia deſerere iniquum erat; quæ ſanè deſperirent, ſi vel is, qui obtuliſſet negotiis gerendis, nullum habiturus eſſet negotium de eo, quod vtiliter de ſuo impendiſſet.* Et in §. 1. *Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contractu.* in verbis: *Ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta fuerint, etiam ignorantes obligantur: idque vtilitatis cauſa receptum eſt: ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregrè profecti eſſent, desererentur, quæ ſanè nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impẽdiſſet, nullam habiturus eſſet actionẽ.*

4. Quia quiſque obligatus eſt alteri ad beneficium exhibendum & præſtandum *l. 6. ff. de ſeruis exportand.* vbi Papinianus *beneficio,* ait, *affici hominem hominis intereſſe.* Nulla proinde culpa imputari poteſt ei, qui humanitatis officium exercens, abſentis negotia gerenda ſuſcipit.

5. Denique nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum: at damnoſum eſſet negotiorum geſtori, ſi culpa propterea imputari poſſet negotiorum geſtori, quod alienum negotium adminiſtrandum ſuſcepiſſet; non igitur dicendum culpam eſſe ſe immiſcere negotio ad ſe non pertinenti.

Ad regulam vero præfatam dupliciter reſponderi ſolet: Primò enim pleriq; negant, quod regula iſta ad negotiorum geſtorem ſpectet. Et ad eos accõmodare ac reſtringere illam nituntur, qui vel terminos ſuæ vocationis ſuiq; officii tranſcendere nituntur, vt ſi iudex extra territoriũ vel ſupra iuriſdictionem ſuam ius dixerit, *l. fin. Digeſt. de iuriſdict.* Aut mandatarius fines mandati ſui exceſſerit *l. 5. Digeſt. mandati*: aut ſi quis ſe liti alienæ obtulerit, ſuamq; illam eſſe dixerit *l. is qui ſe obtulerit. ff. de rei vindic.* Hotoman *d. l. 36.*

Sunt deinde alii, qui quidem *d. l. 36.* locum in negotiorum geſtore eſſe concedant Cuiac. Philipp. Matth. & Giphanius in *dict. l. 36. de reg. iur.* Sed ita vt licet negotiorum geſtio reſpectu eius, cuius negocia geſta ſunt, non ſit officium culpandũ, ſed laudandum: reſpectu tamen tertii alicuius cuius in præiudicium tendit, culpa non vacet: hinc ſi minoris 25. annis cauſam quis ſponte ſuſcepit & damnatus eſt, ipſe dolus iudicati actione tenetur, nec regreſſum aduerſus minorem habet *l. eum, qui 46. Digeſt. de minoribus. l. iam tamen. 5. §. nunc videamus. 3. ff. iudic. ſolui.* quoniam acceſſit ad rem ad ſe non pertinentẽ.

Sic etiam ſi quis pro alio ſponte fideiuſſit iudicatum ſolui, ac defenſionẽ quoque vltrò ſuſcepit & condemnatus ſit: repetit quidem, quod ſoluit, à principali, ſed non ſumptus litis. Nã acceſſit ad defenſionem, cui non erat adſtrictus.

Proinde etſi negotiorum geſtoris officium laudetur, non culpetur, nonnunquã tamen hoc ei imputatur cur ſe immiſcuerit rei ad ſe non pertinenti.

Quin & ita quidam explicant *dict. l. 36.* vt culpa non ſit negotiorum geſtoris ſi rectè adminiſtret abſentis negotia; ſit autem culpa, ſi male negotia aliena adminiſtret; cum nemo debeat affectare id, in quo intellexerit, aut intelligere debuerit, imperitiam vel infirmitatem ſuam alii periculoſam futuram eſſe *leg. idem iuris. 8. §. 1. Digeſt. ad Legem Aquil.* Sed hæc explicatio textui parum conuenit, quoniam *dict. l. 36.* non ait, culpam committi eo quod quis alienum negotium male adminiſtrauerit, ſed eo quod illud adminiſtrandum ſuſceperit eidemque ſeſe vltrò immiſcuerit, ſive bene, ſiue perperam & malè adminiſtrarit negotium, nihil diſtinguitur.

Qui alterius negotia ſponte & vltrò *Litera F.* geſſit negotiorum geſtor procurator voluntarius dicitur: id quod elicere conantur ex *l. 24. ff. de negot. geſtis.* quem textum pleriq; de negotiorum geſtore interpretantur. Pacius *cent. 2. aſſert. 60.* Quin & verbum

verbum *procurare* negociorũ geſtori exacte conuenire videtur: ſiquidem procurare generaliter dicitur, qui alteri⁹ curat negocia. Verum anne in vſu iuris negociorũ geſtor procurator dicatur, valde dubito: tum quia nullus plane locus occurrit in quo negotiorũ geſtor procurator appelletur: ſane ex iſtis textibus, qui ab Autore allegantur, hoc elici poſſe nequaquam videtur: tum quia procurator definitur qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat. *l. 1. pr. ff. de procurat.* quę definitio aptari non poteſt negotiorũ geſtori, vt ex prædictis liquet. Nec alia procuratoris definitio proponitur in iure noſtro: tum quia procurator à negotiorum geſtore, cum in Codice, tum in Pandectis integris titulis diſcernitur: nec ad rẽ facit ꝙ procuratoris nomen tunc ſpecialiter & ſtricte accipi aiunt: nam hoc non probant & generalitas iſtius vocis repugnat: tũ deniq; quia neceſſarii & voluntarii procuratoris nulla in iure fit mentio. Et qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat, & procurator dicitur etiam inſpecto initio voluntarius eſt: nec enim magis coactus aliena ſuſcipit negotia, quam negotiorum geſtor.

RESOLVTIO THESIS Secunda.

Lit: A. GEruntur porro & expediũtur negotia, vel ſponte, vel voluntarie: hac actione (negotiorũ geſtorum) tenetur non ſolũ is, qui ſponte & nulla neceſſitate cogente, immiſcuit ſe negotiis alienis & ea geſſit: verũ & is qui aliqua neceſſitate vrgente, vel neceſſitatis ſuſpicione, ait Vlpianus *in l. 3. §. pen. ff. de negot. geſt.* Hinc & curator rite legitimeq; datus negotiorum geſtorum vtili actione conuenitur, cum nulla alia legitima actio in eũ ſit prodita. Adeoq; neceſſaria & voluntaria negociorũ adminiſtratio quoad effectũ dandæ actionis in idem recidunt, cum ex vtraque bonæ fidei actio detur; id ꝙ perſpicue ꝓbat *l. 18. C. de negot. geſt.* Ob negotiũ alienũ geſtum ſumptuũ factorũ vſuras præſtari, bona fides ſuaſit. Quo iure contra eos etiã quorum te neceſſitate cõpulſum negotiũ geſſiſſe proponis per iudicium negotiorũ geſtorum vteris. Ecce hic perſpicue aſſeritur ei, qui neceſſitate cõpulſus aliena negotia geſſit, dari actionem negotiorũ geſtorum quæ bonę fidei ſit. Cæterum neceſſaria & voluntaria negotiorum geſtiones ratione eius, quod vtriuſq, obligatione continetur, differũt: nam ex neceſſaria quisque obligatur ad omnia gerenda: ex ſpontanea vero & volũtaria geſtione, quã quis ſuſcepit, ad id ſolum gerendũ & perficiendũ quis tenetur ꝙ gerendum ſuſcepit: ita enim *in l. 20. C. de negot. geſtis.* Diocl. & Maxim. Tutori, inquiunt, vel curatori ſimilis nõ habetur, qui citra mandatũ negotiũ alienũ ſponte gerit: quippe ſuperioribus quidẽ neceſſitas muneris adminiſtrationis finẽ, huic autẽ propria voluntas facit, ac ſatis abundeque ſufficit, ſi cui, vel in paucis amici labore conſulatur.

Tutor proinde & curator cæteriq; eius generis neceſſarii geſtores non ſolum id negotiũ, quod gerere cœperunt perficere, ſed & alia omnia negotia expedire teneatur: at voluntarius, ſiue ſpontaneus id ſolũm, quod gerendũ ſuſcepit, perficere tenetur, alia vero eiuſdem domini negotia gerere non compellitur. Quod tamen fallit primo ſi ea negotia, q̃ non geſſit voluntarius geſtor, ſint cõnexa cũ illis quæ geſſit, ita vt nõ poſſint negligi, quin deſerantur ea ipſa quæ ſunt inchoata *l. 17 §. ſicut. ff. commodati & arg. l. 2. ff. de iuriſd.* Nam tunc non ſufficit implere & perficere ea, quæ ſuſcepit, ſed & illa gerere debet, quæ cum iſtis connexa ſunt & inſeparabiliter cohęrent. Fallit deinde iſta regula & tunc quãdo quis eo animo acceſſit quod omnia abſentis negotia velit gerere, eiuſq; contemplatione alius omnia negocia geſtur⁹ non acceſſit: hoc quippe caſu ne occaſione huius qui negotia gerenda ſuſcepit, dãnum aliquod patiatur abſens eiusq; negotia negligantur, q̃ alioquin alius geſturus

 fuiſſet,

fuiſſet, æquum eſt geſtorum non ſolum de iis quæ geſſit; ſed & de iſtis quæ non geſſit teneri. Atq; hoc diſerte expreſſit Iulianus his verbis: *Videamus in perſona eius, qui negotia adminiſtrat, ſi quædam geßit, quædam non, contemplatione tamen eius alius ad hæc non acceßit, & ſi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea geſturus fuiſſet, an dici debeat negotiorum geſtorum eum teneri & propter ea, quæ non geßit, quod puto.*

Et *in l.17.§.3.ff.commodati* idem plane ſignificatur his verbis: *Vt accidit in eo, qui abſentis negotia gerere inchoauit, neq; enim impune peritura deſeret: Suſcepiſſet enim fortaßis alius, ſi is non cœpiſſet. Voluntatis eſt enim ſuſcipere mandatum; neceßitatis conſummare.*

Lit.B. Qu.5. *An negotium geſtorum actio etiam aduerſus curatorem detur?*

NECESSARIVS negotiorum geſtor dicitur qui coactus aliena negotia adminiſtrat: qualis eſt curator adoleſcentis, furioſi, prodigi, mentecapti. Hunc teneri ẽt negotiorum geſtorum actione ſtatuit hic Autor noſter, atq; hoc probari putat *l. 6. C. de negot. geſt.* Cuius hæc ſunt verba: *Curatorem quidem tibi patris teſtamento datum dicis, quod non poteſt videri iure factum, quod ſi (vt proponis) adminiſtrationi ſe immiſcuit, negotiorum geſtorum actio tam aduerſus eum, quam contra heredes eius tibi competit.*

Et *in l.17. C. eod. tit.* Curatoris etiam ſucceſſores negotiorum geſtorum vtili conuentos actione tam dolum, quam latam culpam præſtare debere, nec ad eos officium adminiſtrationis tranſire, ideoque nullam alienandi eos res adultæ poteſtatẽ habere conuenit. Idemq; *in l.3. §. 5. ff. de negot geſt.* ICtus confirmare videtur, dum ita ſcribit: *Etſi furioſi negotia geſſerim, competit mihi aduerſus eum negotiorum geſtorum actio. Curatori vel furioſi aduerſus eum eamue dandam actionem ait.* Ecce hic claris & perſpicuis verbis aſſeritur quod actio negotiorum geſtorũ datur curatori furioſi aut furioſæ, qui curator neceſſarius eſt negotiorum geſtor. Quocirca ex his concludendum videtur, actionem negotiorum geſtorum non modo geſtori & adminiſtratori negotiorum voluntario, ſed neceſſario quoq; competere. Idem dilucide probare videtur *l.3. §.10. ff. eod.* vbi ita Vlpianus ſcribit. *Hac actione tenetur non ſolum is, qui ſpõte & nulla neceß.tate cogente immiſcuit ſe negotijs alienis, & ea geßit*: Verum & is qui aliqua neceſſitate vrgente, vel neceſſitatis ſuſpicione geſſit. Eodemq; ſpectare videtur *§.8. eiuſd. l.3.* in qua ICtus, *Si executor à prætore in negotio meo datus dolũ mihi fecerit, dabitur mihi aduerſus eum actio.* Atqui executorem à prætore datum eſſe neceſſariũ geſtorem conſtat. Poſtremo pro Autore facit *l.5. C. de neg. geſt.* vbi pro fratre coherede ſoluenti datur negotiorum geſtorum actio: atqui hic extra omnem controuerſiam eſt neceſſarius geſtor. Et deniq; *in l. 18. C. eod. tit.* Impp. Dioclet. & Maxim. hoc modo reſcribunt: *Ob negotiũ alienum geſtũ, ſumptuum factorum vſuras præſtari bona fides ſuaſit, quo iure contra eos ẽt, quorum te neceßitate compulſum, negotium geßiſſe proponis, per iudicium negotiorum geſtorum vteris.*

Cæterũ quod prædicta actio negotiorum geſtorum neceſſario geſtori & adminiſtratori detur, ſtatuit Donellus *lib.15. c.15. comm. iur. ciuil.* pro qua ſententia facit *l.1. §. 2. ff. de contrar. tut. & vtil. act.* In qua dicitur curatori adoleſcẽtis, furioſi & prodigi dari contrariam vtilem actionem tutelæ, ex quo ſequitur, quod ei directa negotiorũ geſtorum actio non competat.

2. Accedit etiam *l.25. §. non tantum 16. ff. famil. herciſc.* vbi negatur coheredi (qui rem in hereditate ſuum negotium ex neceſſitate quoq; geſsit negotiũ coheredis) cõpetere actionẽ negotiorum geſtorum.

Nec contrariam probant quæ ſunt in contrarium adducta: nam allegata *l.6. C. de negot. geſt.* loquitur non de eo, qui vera neceſsitate non cõpellabatur ad gerendum negotia, ſed qui opinione duntaxat & ſuſpicione falſa neceſsitatis ductus ad aliena negotia adminiſtranda acceſsit. At neceſſitatis ſuſpicio non eſt neceſsitas. Eſt ſiquidem *a. l.6.* de eo curatore qui in teſtamẽto

à patre

à patre conſtitutus erat, hic quia iure non poterat eſſe tutor, ideo ſi iuris errore ductus exiſtimat, ſe iure curatorẽ eſſe datũ, eaq; opinione & pſuaſione deceptus negotia minoris adminiſtrarit, negotiorum actionem habet, quia aliena negotia nulla neceſsitate coactus geſsit. Idemq; reſpõdendum eſt ad *l.17. C. eod. tit.* quæ loquitur de curatoris ſucceſſorib. & heredib. qui ſibi perſuaſerunt, ſe patri defuncto in cura ſuccedere, & ideo teneri ad negotia illorũ adminiſtranda quorum curator fuerat defunctus: at nulla vera neceſsitate negotiorum illorum adminiſtrationem ſuſcipiebant; mirum proinde non eſt negotiorũ geſtorum actione illos teneri.

Ad *l.3. §.5. ff. de negot. geſt.* reſponſio eſt expedita: non n. ibi dicitur curatorem furioſi habere negotiorũ geſtorum actionẽ, ſed eum habere actionem aſſeritur: actionem autẽ habet non negotiorum geſtorũ vt ex prædictis liquet, præſertim ex *d. l. 25. §.16. ff famil. herciſc.* ſed actionem vtilẽ tutelæ *d. l 1. § 2 ff de contrar. tut.* Ad *l.3. §.10. ff. eod. tit* Reſp. quod ibi dicitur etiam in eo, qui neceſsitate vrgente aliquid geſſerit locum habere actionẽ negotiorum geſtorũ non de ea neceſsitate accipiendũ eſſe, quę fuerit in perſona gerentis, ſed de ea, q̃ fuit in re adminiſtranda, vbi ſcil. res fuit eo ſtatũ, vt neceſſe eſſet eam ſtatim geri aut perire. Ad §.8. *d. l.3.* reſp. Donellus, aduerſus executorem, à prætore datum ſi in negotio dolum commiſerit, actionem dari negotiorum, quoniam nulla neceſsitate dolum fecerit, ſed volẽs & ſponte, & idcirco merito talem eius adminiſtrationem ad hanc actionem pertinere, ſed de hoc mox in ſequentibus plura. Ad *d. l.18. C. de negot. geſt.* reſpondeo illam aut de eo intelligendam qui neceſsitatis duntaxat opinione alienum geſſerit, non qui vera neceſsitate ad illud gerendum compulſus fuerit: aut ſane interpretandam de neceſsitate quæ non fuerit in perſona gerentis, ſed in re adminiſtranda.

De executione à iudice dato, anne actione negotiorum geſtorum ei teneatur cuius negotiũ geſſit, inter ICtos non cõuenit. Vtputa ſi quis condemnatus fuerit & ex cauſa iudicati capta ſint pignora, prętorq; executorem ſententiæ dederit, qui ea pignora diſtraheret & creditori ſatisfaceret. Is autem executor doloſe verſatus ſit in diſtrahẽdis pignoribus, hic, inquam, controuertitur vtrumne locus ſit aduerſus ipſum actioni negotiorum geſtorum? Lit. C.

Negatiuam tuetur Antonius Faber *in rational. ad d. l 3. §.8. ff. de negot. geſt.* Cui adſtipulari videtur Vlpianus *in l.50. ff. de euict.* vbi ita ſcribit: *Si pignora veneant per apparitores Prætoris, extra ordinem ſententias ſequentes, nemo vnquam dixit, dandam in eos actionem re euicta; ſed ſi dolo rem viliori precio proiecerunt; tum de dolo actio datur aduerſus eos domino rei.*

Hoc loco cum Vlpianus ſtatuit actionem de dolo dari aduerſus executorem doloſe in re ſuæ executioni demandata verſantem, negat haut obſcure actionem negotiorum geſtorum executori competere, quoniam actio doli non concurrit cum alia actione, ſed tunc demum datur vbi omnis alia deficit actio.

Pro qua ſentẽtia facit & ratio iuris perſpicua: nam actio negotiorum geſtorum non datur niſi contra eum, qui alienis negotiis ſe immiſcet animo ea gerendi nomine domini abſentis & vt eum ſibi obliget, viciſſimque ei obligetur *l. in hoc iudi. iũ 14. §.1. ff. comm. diuid.* Atqui apparitor à prætore datus ad exequendam ſententiã, non id agit vt gerat negotia condemnati, ſed vt pareat prætori. Igitur quamuis dolo malo faciat quid eo in negotio, non tamẽ tenebitur negotiorum geſtorum actione, ſed tantũ actione de dolo. Accedit ꝙ actio negotiorũ geſtorũ non detur aduerſus eos q nõ ſponte, ſed neceſſitate cõpulſi ad aliorum negotiorum geſtionẽ & adminiſtrationẽ accedunt, vt paulo ſupra demõſtratũ eſt: atqui apparitor ex neceſſitate officii

ſui

Digitized by Google

ſui ſententiã exequitur, pignora diſtrahit: igitur actione negotiorum geſtorum nõ tenetur. Veruntamen contraria ſententia cõmuniori Dd. calculo recepta eſt, ꝙ videlicet executor teneatur creditori & victori negotiorum geſtorum actione ſi doloſe in executione ſententiæ verſatus fuerit. Donellus *d.c.15. lib. 15. comm.* & ibi Hilliger Pacius 2. *Antin. q 50. Vital 1. var. lect. 12.*

Et pro hac ſententia facit *d.l.3. § 8. ff. de negot. geſt.* vbi ita idem Vlpianus ſcribit: *Si executor a prætore in negocio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi aduerſus eũ actio.* Et quanquam Donellus *in d.c.15.* reſpondeat aduerſus executorẽ dari actionem negotiorũ geſtori, quia etſi ex neceſſitate ſententiam fuerit executus, non tamen ex neceſſitate dolum commiſerit; id tamen parum ad rem facit, quia alias quiuis, dolum in re aliena committens, teneretur actione negotiorum; deinde ad excludendam negotiorum geſtorum actionem ſufficit ipſum negotium illud, in quo dolum cõmiſit, ex neceſſitate officii geſſiſſe.

Non etiam me latet Antonium Fabrũ hic intelligere actionem doli. Tum quia non dicit Vlpianus dari hanc actionẽ, vel dari actionem negotiorũ geſtorum, proinde intelligi debet ſecũdum *d.l.5 de euict. actio doli.* Tum quia non accommodate ſequeretur quod ſubiicitur *in §. ſeq.* interdũ in negotiorum geſtorum actione dolum ſolũmodo verſari, neq; eius rei exemplũ aliud quærendum fuiſſet, cum iã idipſum in huius §. ſpecie expreſſum fuiſſet, quoniam executorem non aliter teneri, quam ſi dolum cõmiſerit certum eſt & conſtat ex *d.l.50.* Cæterum cum *d. §. 8. l. 3.* poſitus ſit ſub titulo *de negot. geſt.* cõſequens eſt, eum de alia actione quam de actione negotiorum geſtorum nõ intelligendum eſſe, per actionem igitur ibi ſignificatur actio negotiorum geſtorum, de qua ibidẽ ſermo erat ICto: & ſi doli actionem ICtus intellexiſſet, cur non ad omnẽ tollendã ambiguitatẽ hoc expreſſiſſet? maxime cum ibi non ex profeſſo de actione doli, ſed vt dixi de actione negotiorum geſtorũ tractarit.

Nec refragatur huic ſentẽtiæ primum Antonii Fabri fundamentum, ꝙ conſtituit *in d.l.50. ff. de euict.* Nam recte Pacius reſpondet, ibi dolo executoris læſum fuiſſe nõ creditorem, ſed debitorem, huic vero idcirco, nomine huius doli, actionem negotiorum geſtorum non competere, quia executor dici nõ poſſit, negotia debitoris geſſiſſe, cum hic debitor inuitus executionem patiatur; hac proinde actione deficiente, reſtat vt detur actio doli: quod autẽ *d.l.50.* de debitore loquatur, arguunt verba iſta DOMINO REI. Dominus enim rei, in qua fit executio, nõ eſt creditor, ſed debitor. Alia ratio eſt in creditore: nam quoniam executor eius cauſa & contemplatione negotium geſſit, ſi quid dolo cõmiſit in executione, merito ipſi tenetur negotiorum geſtorum actione.

Similiter non obſtat ſecundum argumentum, quod nempe executor non animo gerendi negotia creditoris executionẽ faciat, ſed ſolum vt pareat prætori ſeu iudici: nam dum hoc animo exequitur ſententiam vt pareat iudici, eo quoq; animo eſt vt negotium gerat creditoris, quoniã prætor iuſsit ac voluit negotia geri creditoris inque vtilitatẽ eius executionẽ fieri.

Ad tertium deniq; fundamentum reſpondeo, etſi propterea quod ex neceſsitate officii negotia executor gerit nõ poſſit directa actio negotiorum aduerſus eũ competere, vtilẽ tamen actionẽ negotiorum dari aduerſus eum, quã ſupra quoq; oſtenſum fuit dari aduerſus omnes illos qui non ſponte aliena negotia gerunt, ſed neceſsitate quadam compulſi: Anton. Fab. *ad d.l.3. §. 10. in rationalib.*

Lit. D.

Qu. 6.

An tutori poſthumi detur actio negotiorũ geſtorũ?

Si quis tutor poſthumi, negotia eius gerat, actione tutelæ tenetur, & ipſe contrariam habet tutelæ actionẽ aduerſus poſthumum, ſed ita ſi is fuerit natus & viuus in lucem editus: quoniam etſi is tunc tẽporis in rerum natura nõdum fuerit, cum

eius

eius tutela adminiſtraretur; tamē pro iam nato habitus fuit, quoniam ad eius commodum, fauorem atque vtilitatem adminiſtratio iſta negotiorum pertinuerit *l. pen. ff. de ſtatu homin.* Quod vero, ſi poſthumus viuus nō naſcatur & tutor eius ſemel inchoata cæptaque negotia, vti tenetur, perfecerit & abſoluerit, quanam actione teneatur, & quam ipſe viciſſim habeat actionem de eo, quod in negotia geſta impendat, non ſatis conſtare videtur?

Et quod negotiorum geſtorum actio hoc caſu tutori detur his fundamentis confirmari videtur.

1. In *l. 29. ff. de negot. geſtis* ita Calliſtratus ſcribit: ***Dum pater teſtamento poſthumo tutorem dederit, iſq; tutelam interim adminiſtrauerit, nec poſthumus natus fuerit, cum eo non tutelæ, ſed negotiorum geſtorum erit agendū. Quod ſi natus fuerit poſthumus, tutelæ erit actio, & in eam vtrumq; tempus veniet & quo antequam naſceretur infans, & quo poſtquam natus fit.***

2. Adſtipulatur Calliſtrato Vlpianus *in l. 1. §. ſi quis quaſi. 6. ff. de eo qui pro tutore.* dū in hæc verba ſcribit: Si quis quaſi tutor negotia geſſerit eius qui iā pubes eſt, neq; tutorem habere poteſt, pro tutelæ actio ceſſat. Simili modo etſi eius qui nondum natus eſt; nam vt pro tutore quis gerat, eā eſſe perſonam oportet, cuius ætas recipiat tutorem, id eſt impuberem eſſe oportet, ſed erit negotiorum geſtorum actio.

3. Idemq; *in l. 19 §. fin. ff. de teſtament. tut.* haut obſcure ſignificatur, dū illic dicitur, quod ſubſtituto poſthumi detur negotiorum geſtorum actio aduerſus poſthumi tutorem. Cæterum quod actio negotiorum geſtorum hoc caſu non detur, ſtatuit Papinianus *in l. pen. ff. de tutel. & rationib.* ***Poſthumo,*** inquiens, ***tutor datus, nō nato poſthumo, neq; tutelæ, quia nullus pupillus eſt, neq; pro tutore, quia nulla ſignificatio eſt; neq; negotiorum geſtorum iudicio tenetur, quia adminiſtraſſe negotia eius, quia natus non eſſet, non videtur.*** Ratio Papiniani eſt iſta, quod non poſſit videri geſſiſſe & adminiſtraſſe negotia eius, qui natus non fuit, hic quippe nullus eſt & habetur pro nunquam concepto, ſicut nec is, qui conceptus eſt, habetur aliter pro nato, quam ſi poſtea naſcatur *l. 18. ff. quando dies legator. ced.* Igitur non poſſit dari actio negotiorum geſtorū aut actio tutelæ, & propterea neceſſe eſſe ſubſidiariam vtilem actionē in eum dari.

Verum enim vero mihi placet Autoris noſtri ſententia, ſtatuentis actionem negotiorum geſtorum dari tutori poſthumi, ſed non directam, verum vtilem.

Etenim quod actionem negotiorum geſtorum habeat hoc caſu tutor, euincūt ſupra adductæ leges, in quibus id diſerte confirmatur. Quod autem directā actionem negotiorum geſtorum non habeat, ſed vtilem, probat ratio modo ex Papiniani reſponſo adducta, & oſtendit quoque admodum perſpicue ipſum Papiniani reſponſum, in cuius fine annectitur, ***vtilem actionem*** in tutorem dari, vbi per *vtilem* actionem nulla alia intelligi poteſt, quam actio vtilis negotiorum geſtorum: etſi n. Antonius Faber actionem vtilem illic interpretetur de actione in factum ſubſidiaria, quæ in defectū actionis tutelæ & negotiorum geſtorum detur; illa tamen interpretatio admittenda non eſt, quia alioquin ineuitabilis & irreconciliabilis antinomia exiſteret inter *d. l penult. & l. 29.* atq; cæteras, quibus affirmatur quod detur actio negotiorum geſtorū in caſu noſtro: longe igitur ſatius erit, ad euitandam iſtā antinomiam, ſubtili hac, nec tamen longe petita ratione textus hoſce ad ſpeciē pugnantes conciliare, quam cum Fabro antinomiam admittere contra mentem Iuſtiniani Imperatoris.

Datur inſuper actio negotiorum geſtorum illis, qui neceſſitatis ſuſpicione ad aliena negotia adminiſtranda acceſſerunt, vt ſi quis in teſtamento curator datus putaret ſibi, tanquam iure dato adminiſtrandi neceſſitatē incūbere *l. 6. C. de negot. geſt.* Lit. E.

Digitized by Google

Aut ſi ſucceſſores curatoris perſeuerauerint in adminiſtratione, putantes fortaſſis nõ eſſe finitum morte officium curatoris, vt *in l.17 C.eod. tit.* quoniam hæc putatiua neceſſitas reuera nõ eſt neceſſitas, & perinde habetur, ac ſi ſponte negotia aliena ſuſcepiſſent adminiſtrãda; aliud ſiquidẽ & neceſſitas; aliud opinio neceſſitatis, & vbi opinio ſaltẽ eſt neceſſitatis, ibi nõ eſt neceſſitas. Sic etiã heredes tutorũ, ſi negotia à tutore defuncto cœpta perfecerint, habent actionem negotiorum geſtorum & aduerſus ipſos actio negotiorum geſtorũ tenetur; de eo ſane quod dolo aut culpa tutoris perperam geſtum eſt, datur in heredes actio *l.1.C.de heredibus tutor.* Sed vtrũ de dolo ſaltem & lata culpa, an vero etiam de leui culpa defuncti tutoris conueniri poſſint, controuerſum eſt?

Qu. 7. *De quanam culpa teneãtur heredes tutorum?*

Sunt enim qui hoc affirmandum exiſtiment, è quorum numero ſunt Cuiac.13. *obſeru.39.& 21.obſ.2.* Hotom.1. *amicab. reſponſ 23.* Mercerius *2 opin.24.*

1. Etenim conſtat inter omnes actionem tutelæ non ſolũ de dolo & lata culpa ſed de leui etiam culpa competere, *l. 23. ff. de reg.iur.* Atqui hæc actio tutelæ in heredes eſt tranſitoria, vt quæ ex quaſi contractu deſcendat, & rei ſit perſecutoria, *§.1.de perpet & temp.act.* Hinc itaq; dicendum videtur, heredes quoque tutoris de leui culpa conueniri poſſe.

2. Accedit, quod cum heredes tutoris de dolo defuncti, adeoque de eius delicto conueniantur, multo facilius de leui culpa conueniri poſſint.

3. Idem confirmat *l 4.§.1.ff.de fi.leiuſſor.* vbi Vlpianus: *Negligentia*, ait, *plane propria heredi non imputabitur*: ex quo Cuiacius, ergo tutoris negligentiam heredi imputari colligit.

Sed hæc opinio diſplicet Anton. Fabro *1.coniect.12* qui contendit heredes tutoris de lata ſolum culpa, non ẽt de leui teneri.

1. Hoc ſiquidem expreſſe Vlp. confirmat *in l.4.ff de magiſtr.conueniend.* In qua nõ *ſimiliter*, ait *heredes magiſtratuũ, vt ipſi tenentur. Nam nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur: nam magiſtratus quidem in omne periculum ſuccedit: Heres ipſius dolo culpa proxima ſuccedaneus eſt.* His verbis diſerte aſſerit Vlp. heredem tutoris negligentiæ nomine non teneri, per negligentiam autem nil aliud, quam culpam leuem intelligit.

Reſpondet Cuiacius, quod Vlpian. dicit, heredem tutoris non teneri negligentiæ nomine, id non de negligentia tutoris, ſed de propria ipſius heredis negligẽtia exaudiendum. Verum præterquam, ꝙ hoc diuinatorium ſit, refellitur etiam eo, quod heredem tutoris ſimilem dicit Vlp. heredi magiſtratus; atqui magiſtratus heredis nulla poteſt eſſe propria culpa in eo, quod non idonee ſatisdatum ſit: relinquitur itaq; quod heres negligentiæ tutoris nomine non conueniatur: accedit, quod longe facilius quis de propria culpa, quã de aliena teneatur; ſi itaque vt Cuiacius concedit, heres tutoris non tenetur de culpa propria multo minus cõueniri poterit de culpa aliena, tutoris videlicet. His adde, quod ICtus ſubiiciat *heredem culpa dolo proximæ ſuccedaneum eſſe*, quibus verbis luculenter Vlp. ſignificat, ſibi de culpa ipſius tutoris ac magiſtratus, in quam heredes illorum ſuccedant, ſermonem eſſe.

2. De qua culpa heredes magiſtratuum tenentur, de eadem & heredes tutorum conueniri queunt: ſiquidem ab herede tutorum ad heredem magiſtratuum, & vice verſa, quoad propoſitum thema, bonum ac validũ argumentum duci probat *l.4.& l.6.ff. de magiſtratibus conueniend.* Atqui heres magiſtratus de culpa ſolum lata conueniri poteſt, *l.2. C. de magiſtratib: conuen.* In qua Alexander Imperator in heredes magiſtratus cuius non lata culpa pupillo non ſit idoneè cautum, ait non ſolere actionem dari. Et *in l.4 ff.eod.* dicitur heredẽ magiſtratus in culpam dolo proximam, hoc eſt, in latam culpam ſuccedere. Et *in l.6.ff.eod.tit.* Heredem magiſtratus tene-

Digitized by Google

teneri, ſi tanta fuerit magiſtratus culpa, vt omnem cautionem omitteret: item, non alias in heredem actionem dandam, quã ſi euidenter magiſtratus cum minus idoneis fideiuſſoribus contrahant: quocirca & tutorum heredes non de alia, quam de lata culpa conueniri poterunt.

Reſpondet hic quoque Mercerius, adductam *l.4. de magiſtratib. conueniend.* intelligendam de culpa ipſius heredis propria, quam contraxerit in perficiendis illis, quæ per tutorem defunctum inchoata; non vero abſoluta fuerunt & perfecta, *l.1. & l. oſtendimus, ff. de fideiuſſ. & nominat.*

Sed iam reſponſum eſt ſupra, & dilucide oſtenſum, Cuiacii hanc & Mercerii reſponſionem ad Vlpiani reſponſum non quadrare.

3. Inſuper non parum iuuat ſententiam noſtram, *l.1. C. de heredibus tutor.* Sic enim ibi Seuerus & Antoninus: *Heredes,* inquiunt, *tutorum ob negligentiam, quæ lata culpa non cõparari poßit, condẽnari nõ oportet.*

Cuiacius equidem, eumque ſecutus Mercerius, textum emendant, ac priorem negationem expungunt, quaſi Imperatores reſcripſiſſent: Heredes tutorum ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari poſſit condemnari non oportet: vt ita regula non de leui, ſed de lata culpa & dolo concipiatur. Nituntur primo authoritate græcorum librorum Baſilicorum, in quibus prior negatio deſideratur. Secundo hac ratione, quod ſubiectæ in eadem lege exceptiones ſint de lata culpa & dolo, cui conueniens ac conſequens ſit etiam regulam præcedentem de dolo & lata culpa conceptam eſſe, cum exceptio debeat eſſe de regula.

Sed Anton. Faber à recepta lectione ne latum quidem digitum recedendum putat, propter fundamenta & rationes modo à nobis adducta: nec exceptiones regulæ antecedentis, ſed interpretationẽ potius eius *in verſi. ſi non.* ſubiici exiſtimat: vt regula ſit: *Heredem non teneri de leui culpa:* Interpretatio vero huius regulæ: *Non igitur aliter eum teneri, quam ſi contra tutorẽ lis inchoata: aut ex damno pupilli lucrum captatum, vel etiam gratia præſtitum ſit:* quibus caſibus cum tutor dolum aut latam culpã committat, eius heredes tenentur: adde, quod ſi, priore negatione ſublata, regula de lata culpa conciperetur: exinde ſequeretur heredes tutorum non eſſe propter dolum & latam culpam tutorum conueniendos: at hoc aperte falſum eſt ex *l. 49. ff. de oblig. & act. l. 157. de reg. iur.*

Non aduerſantur huic ſententiæ Cuiacii & Mercerii fundamenta. Quod enim ad primum, reſpondeo actionem tutelæ directam dari quidem in heredes, ſed aliter atq; in ipſos tutores; id quod expreſſe probat *l.4. ff. de magiſtrat. conuent.* vbi ICtus heredes magiſtratus aliter teneri ait quã ipſos magiſtratus: hos teneri ẽt negligentiæ nomine: illos vero non item; at heredibus magiſtratus cõparari heredes tutoris, docet in eadem lege Vlpianus, & nos idem oſtendimus ſupra, quare & heredes tutorum aliter tenebuntur atq; ipſi tutores: hi quidem etiam de leui culpa, illi vero de dolo ſolum & lata culpa.

Nec aduerſatur huic reſponſioni, quod ex aliis contractib. heredes de eadem teneantur culpa, de qua defunctus cõueniri potuerit: nam in heredibus tutorum hoc ſpeciale eſt; tum quod & ipſe tutor, etſi tenetur de leui culpa; id tamen fit potius fauore pupilli, quã iure ſtricto, *l.5. ff. comm.* tum etiam quod heredi tutoris nihil penitus poſſit imputari, ad quem nihil commodi ex culpa aut negligentia tutoris peruenerit: ex aliis aũt contractibus tenentur heredes de culpa defuncti, quia ibi cõmodum ad heredes deriuatur: cum tutela ſit in nuda adminiſtratione, & non fiat lucri gratia, vt pleriq; alii contractus.

Ad ſecundum reſp. non ſequitur, tenetur de dolo & lata culpa. Ergo tenetur de leui, quia longe plus eſt de leui culpa teneri, quam de dolo & lata culpa: ſic depo-

ſitarius de dolo & lata culpa tenetur, non tamen de leui culpa, *l.5.ff.com.l.1.ff.depoſiti.*

Ad poſtremum reſp. Quando *in d. l. 4. §. 1.* ſcribit Vlpianus, negligentiam propriam heredi tutoris non imputari, exinde non recte inferri. Ergo negligentiam tutoris imputari heredi. 1. Quia Vlpianus hoc velle videtur, quod ne quidẽ propria negligentia tutori imputetur, quod maiorem habeat dubitationem: cum aduerſus heredem tutoris ex proprio dolo iuretur in litem, contra quem tamẽ ex dolo tutoris non iurari ipſe Vlpianus autor eſt *in d. l. 4. pr. de fideiuſſ.* 2. Quia & ratio dictitat & æquitas ſuadet ob culpam propriã facilius quẽ conuenire quam ꝓpter culpã alienam. 3. Quia negligẽtiæ proprię hic fit mẽtio ꝓpter quæſtionem de dolo heredis proprio: de dolo vero tutoris, aut negligentia quæſtio ibidẽ propoſita non erat.

Lit. F.
Qu. 8.
Quæ actio detur aduerſus hominem liberum bona fide ſeruientem, qui aliquid ex mandatu geſſit?

Poſtremo datur actio negotiorum geſtorum aduerſus hominem liberum bona fide ſeruientem, qui ex mandatu eius, cui ſeruiebat, aliquid geſſit: ita Paulus: *Si libero homini, qui bona fide mihi ſeruiebat, mandem, vt aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, Labeo ait quia non libera voluntate exequitur rem ſibi mandatam, ſed quaſi ex neceſſitate ſeruili, erit igitur negotiorum geſtorum actio, quia & gerendi negotij mei habuerit affectionem, & is fuit quem obligare poſſem l. 19. § 2. ff. de negot. geſt.*

Sed huic non parum aduerſari videtur *l. 13. §. 2. ff. commodati.* Nam ibi Pomponius: *Si libero,* inquit, *homini qui mihi bona fide ſeruiebat,* quaſi ſeruo rem commodauero, videamus an habeam commodati actionẽ: nam vt Celſus filius aiebat, ſi iuſſiſſem eum aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præſcriptis verbis experiri me poſſe; expreſſe hic aſſerit Iuriſconſultus, actionem mandati hoc caſu noſtro cõpetere.

Et quod actio mandati competat, hac quoque ratione probari videtur, quod mandatum reuera interceſſerit, & quidem inter liberas perſonas, inter quas intercedere potuit: Et quanquam illi ſit mandatum qui bona fide ſeruit mandanti, plus tamen ſpectari debet, quod in rei veritate eſt, quam quod in opinione hominum, cum voluntas exitum habere poſsit. *§. ſi quis rem ſuam. I. de legat.*

Item quod non actio negotiorum geſtorum ſed mandati competat hæc ratio efficere videtur, quod actio negotiorum geſtorum competere non poteſt intercedente mandatu *l. 9. §. fin. Digeſt. de negot. geſt. l. 20 §. 1. ff. mandati.* Hic autem mandatum interceſſerit. Concludendum proinde videtur, quod hoc loco non competat actio negotiorum geſtorum, ſed detur actio mandati.

Ad haſce ſententias apparenter contrarias in cõcordiam redigendas hoc modo diſtinguit cum Iulio Pacio Autor noſter, vt ſi is, qui bona fide nobis ſeruiit mandatum ſuſceperit & negotium geſſerit, quaſi ex neceſsitate ſeruili, eo ꝙ ſe ſeruum eſſe & ob id mandatum ſui domini exequi teneri fuerit opinatus, tunc teneatur actione negotiorum geſtorũ, propterea quod contractus mandati hic non valeat, vt in quem non conſenſerit qui bona fide ſeruiit, cum geſſerit quaſi ex neceſsitate ſeruili.

Sin vero ſciẽs ſe eſſe liberũ, nõdum tamen ad libertatem proclamans, volens ſuſceperit mandatum, tunc competat actio mandati.

Atque de hoc poſteriori caſu intelligi debet *l 13. §. 2. ff. commodati.* de eoque accipiendæ ſunt rationes, quas pro ſecunda opinione adduxi. De priori vero caſu exaudiri debet *d. l. 19. §. 2. ff. de negot geſt.*

RESOLVTIO THESIS
Tertiæ.

ET hæc de illis qui vel neceſsitate quadam officii, vel opinione neceſsitatis alicuius, aliena negotia gerenda ſuſcipiũt. Nunc de eo qui voluntarie & ſponte ſua aliena gerit negotia. Hic ſolus negotiorũ geſtor appellatur *l. 20. C. de negot. geſt. & l. 3.* *Lit. A.*

§. pen.

Digitized by Google

§.pen.ff.eod.tit. Hinc nõ importunè quæritur, anne & is, qui, cũ tutor non eſſet, pro tutore res pupilli adminiſtrauit, actione negotiorum geſtorum teneatur?

Affirmandum hoc videtur propter *l.4. C.qui dari tut. poſſ.* in qua Imp. Philippus ita reſcribit: ***Militia armata muneribus occupatus neq; ſi legitimus ſit, neq; ſi ex teſtamento datus fuerit, nec alio modo, etſi voluerit, tutor vel curator fieri poteſt, ſed ſi errore ductus res adminiſtrauit, negotiorum geſtorum actione conuenitur.***

Hic miles pro tutore res pupilli adminiſtrauerat, qui tamen tutor iure non fuerat nec eſſe poterat: & dicitur tamen actione negotiorum geſtorum conueniri, confirmat eandem hanc ſententiam textus in *tit.4.lib.1.recept.ſentent.* vbi ita ſcribitur: *Qui cum tutor curatorve non eſſet, ſi pro tutore curatoreve res pupilli adultive adminiſtrauerit, actione negotiorum geſtorum pro tutore curatoreve tenebitur.*

Pro contraria ſententia facit, quod is qui pro tutore res pupilli adminiſtrauerit, cum tutor non eſſet conueniatur actione protutelæ, quæ diuerſiſſima eſt ab actione negotiorum geſtorum *l.1.§.ſi quis. ff.de eo qui pro tut. l.pen. ff. de tutel. & ration. diſtrahendis.*

Et hæc opinio arridet quoque authori noſtro, qui cum actione protutelæ vult conueniri, non autem negotiorum geſtorum qui pro tutore, cum tutor non eſſet, rès pupilli adminiſtrauit.

Ad textus *d.l.4. & d.tit.4.§.fin.* benè reſpondet author noſter in illis agi de eo, qui pro tutore geſſerat res pupilli cum non ſolum tutor non eſſet, ſed nec tutor iure eſſe poſſet. Miles ſiquidem tutor dari non poteſt *§.18.Inſtit. de excuſat.tut.* Quanquam & ideo textus *d.tit.4.§.fin.* ſententiam authoris noſtri euertere non poſſit, quia conſtat ſententias Pauli per ſe nullā amplius mereri autoritatem, imo nec allegari debere vllo in certamine, in quo leges ſunt neceſſariæ, prohibente Iuſtiniano in *l.1.§.10.& l.2.§.19.C. de iure vet.enucl.*

Iacobus Cuiacius ſtatuit ei, qui pro tutore geſſit competere & actionem pro tutelæ & actionem negotiorum geſtorum, atq; ſic textus prædictos cõciliare nititur. Illud certum eſt, quod idem monet Cuiacius, eum qui pro curatore geſſit negotia, actione negotiorũ geſtorum teneri, quod probat *l.6.C.de negot.geſt.* quoniam & ipſe curator vtili negotiorum geſtorum actione tenetur *d.l.6.*

Si mater aut pater aliquid in liberos impenderũt, dum eos vel alunt, vel ad ſtudia illis ſumptus ſuppeditant, non habent de eo repetendo actionem negotiorũ geſtorum: cuius rationem, aiunt, partim fauore alimentorũ, partim in affectione parentũ, qua liberos ſuos proſequi cenſentur, conſiſtere. Et hoc de alimẽtis expreſſe confirmat Alexand. Imp. ***Alimenta quidem,*** inquiens, ***quæ filiis tuis præſtitit, tibi reddi non iuſta ratione poſtulas, cum id exigente materna pietate feceris*** *l.11.C.de negot.geſtis.*

Litera B. Quæ. 9. *An mater impendẽs aliquid in liberos recuperet impenſas actione negotiorũ geſtorũ?*

Cui cõgruit quod Impp. D. Seuerus & Antonin. reſcribunt in *l.1.C.eod.tit.* ***Etiamſi quis pro affectione domeſtica aliquos ſumptus fecerit, nulla ratione eos repeti poſſe.***

Idemq; de vitrico ſcribit Gordianus in *l.15 Cod.eod.tit. de neg.geſt.* dum ait. ***Si paterno affectu priuignas tuas aluiſti, ſeu mercedes pro his aliquas magiſtris expendiſti, eius erogationis tibi nulla repetitio eſt.***

Etenim ex affectu gerentis & alimenta ſuppeditantis præſumitur & coniicitur illum animum repetendi non habuiſſe.

Cui tamen præſumptioni & coniecturæ in dubio ſolum locus eſt: nam ſi conſtet patrem aut matrem animo repetendi aliquid in liberos erogaſſe, ſine dubio repetitio competet *d.l.11.* vbi Imp. ſubiicit: ſi quid autem in reb. eorum vtiliter & probabili more impendiſti, ſi non hoc materna liberalitate, ſed recipiendi animo feciſſe te oſtenderis, id negotiorum geſtorũ actione conſequi potes. Et in *d.l.15.* Gordianus ait: *Quod ſi, vt repetiturus ea quæ in ſum-*

ptum miſiſti aliquid erogaſti, negotiorum geſtorum tibi intentanda eſt actio.

Idemq; Paulus in *l.34.ff. eod. tit.* diſertè profitetur, dum ait: *Hac diſceptatio in factum conſtitit: nam & illud quod in matre conſtitutum eſt, non puto ita perpetuo obſeruandum, quid enim ſi etiam proteſtata eſt, ſe filium ideo alere, vt metipſum aut tutores eius conueniret?*

Hic animus verò impenſas repetendi colligitur primò ex eo, ſi mater proteſtata ſit, ſe animo repetendi impendere *dict. l.34. in verb. quid enim ſi eſt proteſtata, ſe filium ideo alere, vt aut ipſum, aut tutores eius conueniret.* Hic enim in claris verſamur & re ipſa conſtat non eſſe donationem; & hoc etiam procedere ait Menochius *caſu 88.* cum impenſa modica eſt.

Secundò animus repetendi impenſas colligitur exinde, ſi expenſas in librum expenſarum parens retulit, *d.l.34. in verb. ſi etiam in rationem impenſarum eam retuliſſe auiam apparebit.*

Tertio ſi mater neceſſitate aliqua rei ſuæ, vel temporis aluit, non videtur materna pietate aluiſſe & alimenta donare voluiſſe. Vt ſi mater, dum à marito peregre mortuo revertitur, liberos quos ſecũ ducebat, aluerit temporis cauſa, quia illis viaticum deerat, itemq; ſi mater negotia filii gerens alimenta ſuppeditat, non cenſetur ex materna pietate ſubminiſtraſſe nec donaſſe, & ideo ceſſabit repetitio *d. l. 34.* quoniam adminiſtratio negotiorũ filii ſuſcepta matrem hæc facere cogebat, quę ad tuendũ filium & res eius pertinebant. Atqui huiuſmodi neceſſitas animo donandi planè contrariatur, quia in neceſſitatibus nemo eſt liberalis *l. 18. ff. de adimẽd. legat* Donell. *15. comm. 16.*

Quartò ceſſat in matre animus donandi impenſas, quando pater filii, cuius intereſt filium alere, eſt ſuperſtes ac diues & filium in poteſtate haberet; nam tunc mater repetit, quod in cauſam ſuorum alimentorum impendit, cum veriſimilis donandi animus non adfuerit *l. ſi quis à liberis §. ſi mater. ff. de agnoſc. & alend. lib.* Menoch. *d. caſu 88.*

Quinto pręſumitur animus repetendi impenſas quando magna eſt impenſa, tũc enim ceſſat pręſumptio donandi cum nemo præſumatur ſuum iactare voluiſſe. Quæ autem magna vel modica ſit impenſa iudicis arbitrio relinquendum eſſe ait Menoch. *d. caſu 88.*

Illud hìc ſilentio prætereundum non eſt quod etſi parentes ſumptus in liberos erogatos repetere poſſint, ſi oſtenderint ſe non animo donandi, ſed repetendi ſumptus illos feciſſe, illos tamen ſumptus quos ex iuris publici neceſſitate fecerint non repetere, etſi de illis repetendis & recipientis expreſſe proteſtati ſint.

Ratio autem hæc eſt, quod impenſas iure debitas faciens ſoluerit id, quod debuit, debiti autem ſoluti nulla ſit repetitio *l.26. §. penult. Digeſt. de condict. indeb.* Et cum ad has impenſas faciendas actionem habeat is, cui debentur, multò magis habebit ad eas ſervandas & retinendas exceptionem *l. inuitus. §. 1. de reg. iur.*

Vnde ſi filium in bonis nihil omninò habentem pater aluerit, eduxerit, bonis artibus inſtituendum curauerit, quantumuis teſtatus ſit pater ſe ea, quę impendit ita erogare, vt aliquando repetat, non tamen repetet, cum ea coactus fecerit *l. ſi quis à libertis* §. 1. §. 2. *ſi mater. ff. de agnoſc. & alend. liberis.*

Atque huc pertinet *l. officio 5. Cod. de negot geſtis.* vbi Imperatores *officio nec minus obſequio liberti functus, negotiorum geſtorum actionem contra patroni filias pupillas habere non poteſt. Etenim liberto incumbit, vt petat filiis patroni tutores.* Quod ſi igitur tutores petierit, & ſumptus quoſdam in eam rem fecerit, non datur ad eos ſumptus repetendos liberto actio negotiorum geſtorum quoniam illos ex iuris neceſſitate fecit.

Diſtinguit

Digitized by Google

Diſtinguit equidem author inter impenſas in perſonam factas & impenſas factas in rem, vt illæ in dubio præſumantur donatæ: hæ verò non item, quam ſuam diſtinctionem confirmat exinde quod in *d.l.11.C.de negot.geſt.* de impenſis in perſonam factis expreſſe aſſeritur, quod in dubio præſumantur animo donandi factæ: contra verò de impenſis in rem factis non præſumantur donandi animo factæ, niſi is, cuius negotia geſta ſunt, docuerit, impenſas animo donandi eſſe factas *d.l.34.*

Vt enim taceam quod in *d.l.34* non loquatur de impenſis in rem factis, ſed de alimentis quæ ſunt perſonarum expenſæ, non poteſt euinci ex ea *l.34.* quod impenſæ iſtæ, de quibus ibidem agitur, non præſumantur donandi animo factæ, ſi caſus ſupra recenſiti excipiantur.

Mater porrò liberos ſuos intra primum triennium lactare tenetur, vt haut obſcurè innuunt Impp. in *l.9. Cod. de patr. poteſt.* Nec filium negare cuiquam eſſe liberum SCta de partu agnoſcendo, ac denunciata pœna, item præiudicium edicto perpetuo propoſitum & remedium alimentorum apud præſidem maiori trimo petenti nomine eius monſtratum, iure manifeſto declarant.

Interea tamen temporis alios ſumptus neceſſarios ſuppeditare tenetur *l.5.ff. de ventre in poſſ. mittend.* ipſamque matrem ſuſtentare cogitur; idque nequaquam diſſimulauit Caius in *l.5.ff. de ventre in poſſ. mitt.* Curator ventris alimenta mulieri ſtatuere debet, nec ad rem pertinet, an dotē habeat, vnde ſe ſuſtentare poſſit quia videntur, quæ ita præſtantur, ipſi præſtare qui in vtero eſt. Proinde & pater qui alere liberos tenetur *l pen.C.de patr.pot.* matri quoq; filium lactanti, præbere alimenta tenetur, quoniam hæc ipſi infanti filiolo ſubminiſtrata intelliguntur.

Quæ.10 *An mater ipſa lactare teneatur infantem?*

Sed hic quæſtio ſuboritur admodum difficilis & cum ICtum, tum Politicorum diſputationibus nobilitata, anne mater ipſa propriis mammis lactare liberos ſuos teneatur, an vero eos alii ablactandos dare poſſit?

Et quod mater ipſa lactare cogatur liberos, communis eſt ſapientium vox & ſententia, quæ rationibus quoq; multis, iiſdemq; euidentiſſimis confirmatur.

Nam primo quod matres liberis ſuis vbera porrigere & lactare debeant, inprimis ipſa natura, omnibus animalibus inſita, demonſtrat: vnicuiq; n. animantium generi quæ pariunt, idcircò ſimul & lactis alimenta ſuppeditauit, quo ſobolem ſuā alere queat: valde idcirco mater iniqua & impia eſt, nec matris nomine digna, quæ ſoboli ſuæ alimenta, à natura ipſi ſuppeditata, ſubtrahit.

2. Deinceps ius naturæ iubet & præcipit ſobolem ſuam educare & quàm fideliſſime educare liberos ſuos bonis moribus atq; ad omnem honeſtatem informare. *pr. I. de iur N.G. & Ciu.* Atqui in moribus inoleſcendis maiorem ferè partem ingenium altricis & natura lactis tenet, quæ iam à principio imbuta paterni ſeminis concretione, ex matris quoq; corpore & animo recentem indolem configurat: & quod per alimoniam lactis mores pueris infundantur, non ſolum teſtes ſunt ſapientes philoſophi, ſed medici quoq; conſtantiſſimè tradunt. Quin & ipſa rerum natura hoc ſatis demonſtrat: nam triticum in alienum ſolum iactum degnerat in auenam aut ſiliginem: vitis in alium collem tranſlata mutat ingenium; plantula revulſa à parente terra flacceſcit ac velut emoritur, & ideo quantum fieri poteſt cum terra natiua plantulæ transferuntur.

Atq; hac de re per quam eleganter diſſerens Fauorinus philoſophus apud Gellium, non fruſtra, ait, creditum eſt ſicuti valeat ad fingendas animi corporiſque ſimilitudines vis & natura ſeminis, non ſecus ad eandem rem lactis quoq; ingenia & proprietates valere. Neq; in hominib.

id ſo-

Digitized by Google

id ſolum, ſed in pecudibus quoq; animaduerſum: nam ſi ouium lacte hædi, aut caprarum agni alerentur, conſtat fermè in his lanam duriorem, in illis capillam gigni teneriorem: in arboribus quoque & frugibus maior plerunque vis & poteſtas eſt ad earum indolem vel detrectandam vel augendam, aquarum atque terrarum quæ aliunt quam ipſius quod iacitur ſeminis: ac ſæpe videns arborem lætam atque virentem in locum alium tranſpoſitam deterioris terræ ſucco deperiiſſe.

3. Inſuper & ideo matres oportet liberos ſuos lactare, eiſque vbera præbere, quia maiori cum charitate maiorique diligentia nutrient, vt quæ natos ex intimo pectore ament: nutrices vero ſuppoſititiam quandam & aduentitiam beneuolentiam habent, vtpote mercedis duntaxat gratia diligentes.

Nec ad rem facit quod aiunt parcendum eſſe puerperæ, nec ex partu defatigatam, ac debilitatam amplius etiam debilitandam, quo priſtinas ſuas vires recuperare poſſit: nam ſi natura dedit illi vires ad concipiendum, haut dubiè dedit etiam ad lactandum.

Atque hoc quod lactare debeant matres ſuos infantes, etiam iure canonico cautum legitur: ſic enim Diuus Auguſtinus in *cap. ad eius verò concubitum. diſtinct. 5.* Praua conſuetudo in coniugatorum moribus irrepſit, vt filios, quos gignunt, nutrire mulieres contemnant, eoſque ad nutriendum aliis mulierib. tradant. Quod videlicet ex ſola carnis incontinentia videtur fuiſſe inuentum, quia dum ſe continere nolunt, deſpiciunt lactare quos gignunt.

Neque admittendum exiſtimo, quod aiunt id quod dicitur matrem teneri lactare filium fallere in nobili muliere: hanc enim non teneri filium lactare Bartol. Bald. Paul. Caſtrenſ. & Franc. Aretinus in *l. 11. Cod. de negot. geſt.* Nam mater nobilis ſobolem ſuam non minus tenetur alere, bene educare eiuſque curam habere atque viliſſimæ conditionis mulier. Et ius naturæ, quod ſuadet infantes à matre lactari, omnibus hominibus eſt commune, nec diſtinctionem vllam admittit inter mulieres nobiles & ignobiles.

Quod de patre & matre hactenus dictum eſt, eos videlic. impenſas in liberos, factas regulariter non repetere; non idem de Vitrico aſſerit Imp. Gordianus in *l. 15. C. de negot. geſt. ſi paterno,* inquiens, *affectu priuignas tuas aluiſti, ſeu penſas? mercedes pro his aliquas magiſtris expendiſti, eius erogationis tibi nulla repetitio eſt.* Quod ſi vt repetiturus ea, quæ in ſumptum miſiſti aliquid erogaſti, negotiorum geſtorum tibi intentanda eſt actio. *Litera C. Quæ. 11. An vitricus reciperet piat impenſas?*

Ex quo liquet quod vitricus in dubio non cenſeatur animo donandi, ſed repetendi potius impenſas feciſſe, & ideo etiam expenſas in priuignos factas repetere poſſit, niſi conſtet ipſum paterno quodã affectu & animo donandi eas præſtitiſſe: ſub hac quippe conditione datur vitrico expenſarum repetitio, ſi paterno affectu eas fecerit: quæ conditio fruſtra adderetur, ſi non in dubio animus repetendi in vitrico præſumeretur.

Nec deeſt huius rei ratio ſiquidem inter vitricum & priuignos nulla talis inuicem ſe alendi intercedit neceſſitudo, qualis inter patrem & liberos.

Atq; hanc præſumptionẽ donationis tunc præcipuè, ait Colerus, ceſſare quando paulò grandior ſumma in ſumptum eſt miſſa, idem Iohannes Garſias *de expenſ. & meliorat. c. 4. nu. 4.*

Quid verò ſi vitricus bona priuigni adminiſtrans alimenta priuigno præbeat, anne vel tunc repetitionem habebit? Idem dicendum puto; etenim Paulus Iuriſconſultus in *l. 34. de negot. geſt.* de auia in nepotibus alimenta ſuppeditante, expreſſe ſcribit, eum ſi negotia adminiſtrauerit nepotum, veriſimiliter eos de re ipſorum propria aluiſſe.

Quocirca

Quocirca & vitricus adminiſtrans bona priuignorum, in dubio cenſebitur alimẽta ex bonis potius ipſorum priuignorum, quam ſuis proprijs præbuiſſe, & quanquam fortaſsis vitricus non rectè experiretur contra ſuum priuignum ſumptuum in alimenta factorum recipiendorum cauſa, vt Ludouicus Romanus *Conſil.255.n.2.* & alij diſſentientes ſtatuunt; bona tamen filio reſtituens deducere poteſt & reputare alimenta, quæ priuigno præbuit *arg.d.l.34.verſ.* audiendos ſi reputare velint alimenta.

Qu. 12. *Quid ſi priuignus fuerit in ſeruitio vitric.?*

De eo maior eſt dubitatio, ſi priuignus aut priuigna in ſeruitio fuit vitrici operaſque vitrico quotidianas præſtitit, anne & tunc repetere poſſit aut deducere alimenta vitricus?

Mihi veriſſima æquiſſimaque videtur illorum ſententia qui ſtatuunt, in caſu propoſito nullam alimentorum repetitionem aut deductionem vitrico competere, ſed alimẽtorum & operarum compẽſationem fieri oportere; cum nemo ſuo ſumptu alteri inſeruire cogatur *l. in reb. 18. §. poſſunt. ff. commodat.* Et abſurdum inſuper foret deteriori conditione haberi priuignum quam extraneum; atqui vitricus extraneo quem ſuo habet in ſeruitio, vel famulitio, cogeretur iure præbere alimenta; qua igitur fronte aut quo iure illa priuigno denegaret?

Quin imò amplius dicendum eſt, vitricum teneri huic priuigno, quem in ſuo ſeruitio habuit, præter alimenta, etiam mercedem præſtare, ſi quam ipſius labores vltra cibum & potum ſunt promeriti; idque propterea quod perſonæ ad aliquod officium aſſumptæ, conſuetum videatur conſtitutum eſſe ſalarium *L. 10. verſ. conſueta depoſcant Cod. offic. Rectorum prouinciæ l. exceptio 18. Cod locati.* Martin. Coler. *de alimentis lib. 3. cap. 2. num. 25.* vbi tamen monet in huius mercedis conſtitutione & probatione duo neceſſariò requiri: vnum vt probetur alentem, niſi vſus fuiſſet priuignæ ſuæ operis, alia ancilla opus habuiſſe: alterum vt petatur ea æſtimatio non inquantum aliis operæ præſtitæ vtiles fuiſſent, vel locari potuiſſent, ſed quatenus vitricus ijs fuit adiutus *l ſi non ſortem 26. §. libertus l. in ſumma. Dig. de condict. indebit.* A ſuperiore igitur regula quod vitricus repetat aut deducat alimenta & expenſas, facta in priuignum, excipitur hic caſus, quo à ſeruitio & operis vitrici quotidianis fuit priuignus.

Ab eadem quoque regula excipitur & iſte caſus quo vitricus valde locuples eſt, priuignus verò in magna paupertate conſtitutus: in eo enim cui Deus multas diuitias largitus eſt, facilius præſumitur donatio quam in egeno *Nouell. 7. cap. 2. §. 1.* item ſi exiguæ admodum ſunt impenſæ, vt ſi priuignus interdum ſitis leuandæ cauſa bibit hauſtum cereuiſiæ; nam ſi hoc ſciret vitricus & pateretur, præſumendum eſſet illum non velle rem tam vilem repetere à priuigno *leg. 12. l. 15. Digeſt. de impenſ. in rem dot. fact.*

L. t. D. Qu. 13. *An filius habeat repetit. omne ſumptuum in patrem factorũ?*

Si filius pro patre aliquid expendit, aut ſumptus quoſdam fecit, in dubio habet illorum repetitionem, quoniam præſumitur non donandi, ſed repetendi animo iſtas pro patre expenſas feciſſe.

Quod verbis claris & perſpicuis expreſſum eſt in *l. 12. Cod de negot. geſt.* vbi Alexander; *Si filius*, inquiunt, *pro patre ſuo debitum ſoluerit, nullam actionem ob eam ſolutionem habet, ſiue in poteſtate patris, cum ſolueret, fuerit, ſiue ſui iuris conſtitutus, ſi donandi animo pecuniam dedit. Si igitur patruus ſui iuris conſtitutus, pro patre ſuo negotia gerens, non præcedente mandato, debitum eius ſoluit, negotiorum geſtorum agere cum patruis potes.* Hinc igitur elicitur in dubio præſumptionem eſſe pro filio contra

Digitized by Google

tra patrem, quod ſcilicet impenſæ non ſint donandi animo factæ.

Veruntamen Bartolus & Petr. Surdus in locis ab Autore allegatis, contrariam amplectuntur ſententiam, ſtatuentes quod filius in dubio præſumatur impenſas, pro patre factas, donandi animo feciſſe & ideo illarum repetitionem non habere.

1. Quia correlatiuorum hæc eſt natura vt quod diſpoſitum eſt in vno, idem quoque diſpoſitum ſit in altero *l. fin. Cod. de indict. viduitate tollend.* Atqui pater & filius ſunt correlata; idcirco ſicut pater, ſumptus ſuppeditans filio, non habet eorum repetitionem, quia donandi animo ſubminiſtraſſe præſumitur: ita quoque filius, impenſas pro patre faciens, præſumatur donandi & non repetendi animo eas feciſſe.

2. Accedit quod alimenta pietatis intuitu facta repeti non poſſint *l. ex duob. in fine. ff. de negot. geſt.* Filius verò in dubio videtur impenſas in patrem factas, pietatis intuitu feciſſe. Igitur illarum repetitionem non habebit. Et hanc veram & communem eſſe ſententiam aſſerit Surdus *d. quæſt. 9. n. 7. in fine.*

Veruntamen ab ea recedere nulla plane mihi religio eſt, cum textus ſit in contrarium apertiſſimus in *d. l. 12. C. de negot. geſt.* vbi imperator filio impenſarum repetitionem denegat, *ſi donandi animo pecuniam dederit.* Ex quo colligitur quod ſi non donandi animo filius debitum patris ſoluerit, nec eo animo ſoluiſſe probari poſſit, repetitionem ſolutæ pecuniæ habeat.

Et quanquam particulam *ſi* ibi idem ſignificare velint, quod *QVIA*, prout quandoque particula iſta non conditionem ſed cauſam & rationem in legibus noſtris ſignificat: tamẽ quia ſua natura conditionem ſignificare ſolet; idcircò ab hac gemina eius & natiua ſignificatione non eſt recedendum, *arg. l. non aliter. de legat. 3.*

Nec moueor primo argumento, ex natura correlatiuorum deducto, nam reſpondetur argumentum hoc tũc demum habere vim concludendi quando eadem eſt correlatiuorum ratio, atqui in propoſito diuerſa eſt ratio patris & filij quia liberi non ita iure naturæ primæuo ſuos progenitores alere tenentur, quemadmodũ hi illos, cum liberi debeant parentibus alimẽta ex obligatione dũtaxat antidorali.

Ad ſecundum reſpondetur, alimenta quidẽ pietatis cauſa facta repeti non poſſe: verum filium in dubio non cenſeri alimenta pietatis cauſa feciſſe, vt arguit *d. l. 12. in verb. ſi donandi animo pecuniam dedit.*

Cum inter onera, quæ marito incumbunt, refertur quoq; nutritio vxoris, conſequens eſt quo maritus teneatur alere vxorem *c. 5. v. 29. Epiſtol. Pauli ad Epheſ. L. 12. §. ſin autem ſæuiſſimo. ff. ſolut. matrim. leg. 20. §. hoc amplius. v. quia ipſe onera. ff. famil. herciſc.* Lit. E.

Quin etiam maritus ægram vxorem ſuis ſumptibus curare tenetur, ſic vt quod in curam eius erogauit maritus, à ſocero repetere non poſſit. Illud tamen, quod in funus vxoris impendit, à patre, ad quem dos reuertitur recipit. *L. 13. C. de negot. geſt.* vbi ita Alexander Imp. ſcribit: *Quod in vxorem tuam ægram erogaſti, non à ſocero repetere, ſed affectioni tuæ debes expendere: in funus ſane eius, ſi quid eo nomine quaſi recepturus erogaſti, patrem ad quem dos redijt, iure conuenis.*

Eodemque pertinet *l. 16. ff. de religioſis & ſumpt. funerum.* In qua Vlpianus: *In eum, ad quem dotis nomine, quid peruenerit dat prætor funerariam actionem: æquiſſimum enim viſum eſt veteribus, mulieres quaſi de patrimonijs ſuis, ita de dotibus funerari, & eum qui morte mulieres dotem lucratur, in funus conferre debere, ſiue pater mulieris eſt, ſiue maritus.*

Et quamuis pietas ſuadeat funerare coniugem defunctam; non tamen eadem pietas flagitat proprijs hoc facere ſumptibus *l. 14. §. 7. ff. de religioſis.* Quocirca ni-

Digitized by Google

ca niſi dotem retineat maritus, non cogitur ſuis ſumptibus vxorem funerare.

Confirmat hoc amplius ratio ab autore adducta: nam certum eſt, quod maritus ſoluto matrimonio, actione de dote non teneatur vltra quam facere poteſt §. 36. *& ſeqq. Inſtit. de actionibus.* Atqui maritus facere poteſt quantum deducto ære alieno, quo ſpectant etiam funeris impenſæ, quæ æs alienum ſunt dotis *dict. l. 16.* ſupereſt ſequitur itaque maritum non teneri niſi prius deductis funeris impenſis.

Quod ſubiicit author, maritum cogi ægram vxorem ſuis impenſis curare, neque eas impenſas recipere, id dubium planè nullum habet; ſiquidem expreſſo textu id definitum eſt in *dict. leg. 13.* Et ratio huius perſpicua eſt, quam etiam autor noſter aſſignat, quod nempe affectio maritalis, quæ diuini & humani iuris communicationem continet atque morte demum diſſoluitur, hoc ipſum expoſcere cenſeatur: vi enim huius indiuiduæ vitæ conſuetudinis obligatur maritus ad hoc, vt neutra in fortuna, nec proſpera, nec aduerſa vxorem deſerat; at deſereret vtiq́ue ſi ægram non curaret priſtinæq́ue ſanitati reſtituere ſuis ſumptibus non niteretur.

Neque huc pertinet diſtinctio illa, quę circa priuignum in *dict. l. 15. Cod. de negot. geſt.* adhibetur, vtrum paterno affectu, an vero animo recipiendi expenſæ iſtæ factæ fuerint: tum quod maior & arctior ſit coniunctio inter maritum & vxorem, quàm inter vitricum & priuignum, & maritalis affectio, quæ inter coniuges intercedere debet, multò plus contineat quam affectio, qua vitricus complectitur ac proſequitur privignum. Tum etiam quia *d. l. 13.* iubens ægram curare vxorem indiſtinctè loquitur.

Poſtremo vxor etiam ægra eſt à marito alenda, ſed ita ſi inops ſit, nec vllas poſſideat facultates, vel neminem habeat à quo alimenta petere poſſit: nam tunc marito incumbit vt omnia, quæ vxoris neceſſitas exigit, ipſi ſubminiſtret. Coler. *dict. tractat. de aliment. libr. 1. cap. 10. numer 16.* Alioquin ſi vxor propter morbum in obſequio marito eſſe nequeat, patrem verò habeat vel alium, à quo alimenta petat, maritus vltra fructus dotis in vxorem expendere non cogitur. Pro qua ſententia eſt textus apertiſſimus in *leg. 22. § 8. Digeſt. ſolut matrimon.* vbi in hæc verba Vlpianus ſcribit: *Sin autem in ſæuiſſimo furore muliere conſtituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, ſpernit autem infelicitatem vxoris, & non ad eam flectitur nullamq́; ei competentem curam inferre manifeſtiſſimus eſt, ſed abutitur dote, tunc licentiam habeat vel curator furioſæ vel cognati adire iudicem competentem, quatenus neceſſitas imponatur marito omnem talem mulieris ſuſtentationem ſufferre & alimenta præſtare & medicinæ ei ſuccurrere & nihil prætermitti quæ maritum vxori adferre decet,* Secvndvm dotis Qvantitatem.

Dictum eſt de expenſis factis à matre, vitrico, filio quod regulariter nulla illarum impenſarum ſit repetitio, ſed earum potius donatio præſumatur. Aliud dicendum de expenſis à fratre in fratris vel ſororis negotia factis: hæ ſiquidem in dubio non præſumuntur donandi animo factæ: non enim eadem eſt fratris in fratrem, vel ſororem, quæ patris in liberos affectio, vt ita præſumptio quæ in parentibus & liberis obtinet, mutua videlicet iſta & ſingulari affectione illorum ſubnixa, in fratribus & ſororibus deficiant. *Litera F.*

Hinc Imperatores Gallus & Voluſianus: *Si negotium*, inquiunt, *ſororis tuæ gerens pro tributa ſoluiſti, vel mandante ea vel rogante id feciſti negotiorum geſtorum actione, vel mandati, id quod ſoluiſſe te conſtiterit, repetere poteris l. 16. C. de negot. geſt.*

Quod ſi tamen conſtet fratrem, ſingulari pietate ductum, aluiſſe ſororem, denegatur ei actio negotiorũ geſtorũ, quia

talis impenſa non videtur animo repetendi facta, ita Modeſtinus in *l. 27. ff. de negot. geſt. Titium ſi pietatis reſpectu ſororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere reſpondi.*

Tunc verò cenſetur pietatis intuitu alimenta fratri, aut ſorori ſuppeditaſſe, quando ipſe diues eſt, frater autem vel ſoror, cui alimenta ſubminiſtrauit egenus eſt, & patre orbatus. Surdus *de aliment. tit. 1. q. 25.* Nam hoc caſu præſumitur frater animum repetendi iſtas impenſas non habuiſſe, nec ſibi quenquam obligandi, ſed magis donandi coniunctæ nimirum & miſerabili perſonæ.

Inſuper & tunc animum donandi in fratre præſumi volunt, quando impenſa eſt modica & exigua; ſed præſumptio hęc & coniectura in nullo planè loco iuris noſtri fundata eſt; & ſi admitteretur tunc nulla inter fratrem & matrem cæteraſque perſonas, ſuperius recenſitas, differentia foret, cum & illæ magnam repetant impenſam, vt dictum eſt. Atqui regulariter fratrem habere repetitionem expenſarum probat *dict. l. 6.* & clare euincit *dict. l. 27. §. fin.* Vt taceam quod in legibus, modò commemoratis, nulla prorſus fiat diſtinctio inter exiguas ſiue modicas & magnas expenſas, proinde nec noſtrum erit diſtinguere.

Litera. C. Idem dicendum ſi frater cohæres pro fratre pecuniam expendat, vt & tunc actio detur negotiorum geſtorum de eo quod expenſum eſt: ita enim Seuerus & Antoninus in *l. 3. Cod. de negot. geſt. Siue pro patre coherede pecuniam ſoluiſti negotiorum geſtorum actione experiri potes ſiue pignoris liberandi gratia debitum vniuerſum ſoluere coactus es actionem eandem habebis.*

Conſimiliter ſi quis ſumptus neceſſarios & probabiles in rem vel litem communem fecerit ſolus, cum habere negotiorum geſtorum actionem ſtatuit autor noſter, cuius fundamentum extare videtur in *l. 31. in fine. Digeſt. de negot. geſt.* vbi Papinianus: *vno defendente cauſam communis aquæ, ſententia prædio datur, ſed qui ſumptus neceſſarios ac probabiles in communi lite fecit negotiorum geſtorum actionem habet.*

Et quod de eo, quod in communem rem vel hereditatē impenſum eſt, actione negotiorum geſtorum, & non familiæ herciſcundæ aut communi diuidundo agatur, euincit quoq; *l. 41. ff. de reb. credit.* in qua Africanus: *Earum autem ſummarum nomine, quæ ad Stichum perveniſſent familiæ herciſcundæ actionem quidē non competere coheredibus ſed negotiorum geſtorum dari debere.*

Sed quod actio familiæ herciſcundæ aut communi diuidundo competat, aliis textibus iuris perſpicuè probari videtur *l. 25. §. 15. ff. famil. hercisc.* Nam ibi Paulus ita ſcribit: *Si vnus ex cohæredibus noxali iudicio ſeruum hereditarium defenderit & litis æſtimationem obtulerit, cum hoc expediret, id pro parte hoc iudicio conſequatur. Idem eſt etſi vnus legatorum nomine cauerit, ne in poſſeßionem mitterentur, & omnino quæ pro parte expedire non poſſunt, ſi vnus, cogente neceßitate fecerit, familiæ herciſcundæ iudicio locus eſt.*

2. In *l. 18. C. eod. tit. famil. herciſc. In communi,* inquiunt Impp. *hereditate quin ſumptus ab vno facti bona fide familiæ herciſcundæ, vel negotiorum geſtorum actione ſeruari poßint, non eſt ambiguum.*

3. Itemq; Seuerus & Antoninus in *l. 3. C. de negot. geſt.* his verbis reſcribunt: *ſiue pro fratre coherede pecuniam ſoluiſti negotiorum geſtorum experiri potes, ſiue pignoris liberandi gratia debitum vniuerſum ſoluere coactus es, actionem eandem habebis, vel iudicio familiæ herciſcundæ, ſi nō eſt inter vos redditum, eam quantitatem aſſequeris.*

In hiſce textibus aſſeritur, de eo quod in rem cōmunem impenſum eſt, dari, vel ſolam actionem communi diuidundo & familiæ herciſcundæ, aut ſanè actiones haſce concurrere cum actione negotiorū geſtorū; id quod textibus prius adductis

aduerſari

aduerſari videtur, quandoquidem in illis aſſeri videtur ſolam negotiorum geſtorum actionem de impenſis, in rem alienam factis, competere.

Verum hi textus rectiſſime conciliantur per diſtinctionem, ſic vt, ſi quis pro parte coheredum geſſit quod diuiſionem recipiebat & pro ſua parte duntaxat geri potuiſſet, tunc detur actio negotiorum geſtorum: Si vero quis geſſerit pro parte etiam coheredum, quod diuiſionem non recipiebat, quodque pro parte duntaxat geſtoris geri non poterat, tunc competat familiæ herciſcundæ, vel communi diuidundo.

Diſtinctionis fundamentum eſt *in l.6. §.2.ff.communi diuid.* In qua ſic Vlpianus ſcribit: *Siue autem locando fundum communem, ſiue colendo de fundo communi ſocius quid conſecutus ſit, communi diuidundo iudicio tenebitur, & ſi quidem communi nomine fecit, neque lucrum, neque damnum eum ſentire oportet, vt & damnum ad ipſum reſpiciat.* Hoc autem ideo præſtat communi diuidundo iudicio, quoniam videtur partem ſuam non potuiſſe expedire locare. Cæterum non alias communi diuidundo iudicio locus erit, niſi id demum geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit. Alioquin ſi potuit habet negotiorum geſtorum actionem, eaque tenetur.

Quocirca *in l.41.ff.de reb. credit.* agitur de re communi diuidua nempe de exſolutione æris alieni, quæ diuiſionem & partium præſtationem recipit *l. 9. Digeſt. de ſolut.* hoc cum coheres poſſet pro ſua tantum parte ſoluere, & tamen totum ſoluit, habet pro parte coheredis actionem negotiorum geſtorum, quia ſui coheredis negotium geſſit.

Idem quoque reſpondetur ad *l.31.§.fin. Digeſt.de negot. geſt.* ſocius enim, qui ſumptus fecerat in litem communis aquæ, potuit partem ſuam ſeruitutis aquæ ita defendere, vt tamen ſocii partem defendere non cogeretur. Etſi enim fuit aqua pro indiuiſo communis, vt non potuerit demonſtrari, quænam pars vnius eſſet, quænam pars alterius, pars tamen vnius ita eſt ipſius, vt non ſit alterius *l.66.§ duorum.Digeſt. de legat.2.* Et quamuis ſeruitus per partem acquiri non poteſt, tamen per partes retineri poteſt *l.8.§.1.ff. de ſeruitut.l. 30.§.1.Vrban.præd.l.34.Digeſt. de S. præd. Ruſtic.* Anton. Faber *in rational. ad d.l.31. §. final.*

Aliter reſpondet Iulius Pacius, nempe in ſpecie *d l.31.§.vlt. Digeſt. de negot. geſt.* non potuiſſe dari actionem communi diuidundo, quoniam aquæ ductus vel alia ſeruitus non veniat in hoc iudicium & communio iuris, ſeparatim & per ſe conſiderati, non poſſit intelligi *l.19. §.ſi per eundem & §. vlt. ff. comm.diuid.* quia per ſe nihil eſt, cum nihil aliud ſit, quam prædii qualitas.*l.86.de V.ſignif.*

Vnde etiam ſeruitus per ſe nec in bonis noſtris eſſe nec extra bona dici poſſit *l.1.ff.de vſufr. legat.* Cum igitur de ſeruitutibus agi non poſſit communi diuidundo, neceſſe eſt vti actione negotiorum geſtorum.

In *l.25.§.15 ff. familiæ herciſc.l.18. Cod.eod. tit.l.3.C de negot. geſt.* ideo agitur familiæ herciſcundæ & communi diuidundo iudicio, quia in eam rem erant impenſæ factæ, quæ pro parte ſolum gerentis non poterant geri, quo caſu ſupra dictum eſt, non competere negotiorum geſtorum, ſed familiæ herciſcundæ, aut communi diuidundo actionem.

Quod porro *in l.3.C.de negot. geſt.* dicitur dari actio negotiorum geſtorum vel familiæ herciſcundæ, id non repugnat *l. pen.ff.de reb.credit.* in qua negatur harum actionum concurſus: nam obſeruandum eſt, in ea *leg. 3.* prædictas actiones non ex eadem cauſa concurrere, ſed ex cauſa plane diuerſa competere; nam familiæ herciſcundæ actio competit ex eo, quod coheres pignus liberauerit, cuius

cauſa indiuidua erat *l.heredes* §. *item obſeruatur.ff.fam. herciſc. l.rem.ff. de euict.*

Negotiorum vero geſtorum ex eo datur, quod ære alieno, cuius cauſæ diuidua erat, liberauerit etiam coheredes; Et eſt in arbitrio eius, vtra agat.

Lit.I. Qu. 14. *An res, quas ſponſus ſponſæ donare voluit, ſi pater acceperit, actione negotiorum geſtorum peti poſſint?*

Si quas res ſponſus ſponſæ donare volebat, pater aut mater puellæ acceperit: quæritur qua actione filiæ vel heredi eius teneatur? Negotiorum geſtorum actionem non competere, dicendum videtur.

Nam ita Papinianus *in l.25.pr.ff.depoſiti.* Die ſponſaliorum aut poſtea res oblatas puellæ, quæ ſui iuris fuit, pater ſuſcepit, heres eius vt exhibeat, recte conuenietur etiam actione depoſiti. Ecce hic in caſu propoſito dicitur competere actionem depoſiti & non negotiorum geſtorum.

Sed contra quod detur actio negotiorum perſpicue profitetur idem Papinianus *in l.32.* §. *fin.Digeſt. de negot. geſt.* dum ait: *Ignorante virgine, mater à ſponſo filiæ res donatas ſuſcepit quia mandati vel depoſiti ceſſat actio, negotiorum geſtorum agitur.*

Iulius Pacius hoſce textus ita conciliat, vt in ſpecie *d. l. 25. pr.* virgo fuerit præſens eique res fuerint à ſponſo oblatæ; ideoque pater acceperit voluntate filiæ propter quam voluntatem filia videatur breui manu res accepiſſe & apud patrem depoſuiſſe.

At *in d.l.32.* §. *1.* mater, ignorante virgine, res acceperit, quare cum nullus fuerit conſenſus virginis non poſſit videri res à ſponſo accepiſſe & apud matrem depoſuiſſe.

Eodemque modo hoſce textus conciliat Antonius Faber *in ration. ad d. l. 32.* §. *1.* Quibus ſubſcribit quoque Cuiacius *lib. 3. reſponſor. Papiniani*, dicens adductam *l.25. princ. depoſiti.* accipiendam eſſe de filia eademque ſponſa, quæ ſciente & præſente patre ſponſalitia munera, ei oblata, acceperit de manu ſponſi die ſponſaliorum vel ante.

Quod a. præſens fuerit filia, colligitur ex eo, quod dicitur res puellæ fuiſſe oblatas: offerimus enim tantum præſenti.

RESOLVTIO THESIS *Quarta.*

Lit. A. Qu. 19. *Si negotiorum geſtorum pecuniã domini in ſuos vſus conuerterit, teneatur de maximis vſuris?*

QVi aliena negotia gerit, ſi pecuniam in ſuos vſus conuertit, maximas vſuras præſtare tenetur. Hoc quippe Triphoninus Iuriſconſultus *in l. 38 ff.de negot. geſt.* his verbis clare ſignificat. *Sed quas vſuras inquiens debebit? videamus: vtrum eas quibus aliis idem creditor fœneraſſet, an & maximas vſuras, quoniam vbi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiaue adminiſtrat, aut magiſtratus municipij publicam in vſus ſuos conuertit, maximas vſuras præſtat, vt eſt conſtitutum à Diuis principibus.* Maxime vero vſuræ erant centeſimæ *leg. fin. Codic. de vſur.*

Huic vero aduerſari non parum videtur *l. 10.* §. *3. Digeſt. mandati*: cuius hæc ſunt verba. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora vtique vſuras mihi pendet: ſed etſi pecuniam meam fœnori dederit vſuraſque conſecutus eſt, conſequenter dicemus debere eum præſtare, quantumcunque emolumentum ſenſit, ſiue ei mandaui, ſiue non, quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum ſentiat quod ſi non exercuit pecuniam, ſed ad vſus ſuos conuertit, in vſuras conuenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur.*

Accurſius & cum eo ita textus modo adductos conciliat, vt aliud ſit in negotiorum geſtore, qui clam, quam in mandatario, qui palam videtur adminiſtrare: etenim grauius peccat is, qui ſponte ſua, domino ignorante, negotia gerit, quam is qui mandatu domini ad ea gerenda accedit: & minorem in his negotiis & rebus domini auctoritatem habet negotiorũ geſtor, quam procurator. Quæ ratio ad text. iſtos

Digitized by Google

iſtos contrarios conciliandos atque in concor iam redigendos & mihi ſatis commoda & expedita videtur.

Lit.B.

Qui geſtori negotiorum mutuam dederit pecuniam, ſic demum à negotiorũ geſtore repetet pecuniam, ſi probarit eam fuiſſe in vtilitatem domini conuerſam: ad quod facere videtur *l. fin. ff. de exercit. act.* In qua Africanus ita ſcribit: *Lucius Titius Stichum magiſtrum nauis præpoſuit, pecuniam mutuatus, cauit, ſe in refectionem nauis eam accepiſſe, quæſitum eſt an non aliter Titius exercitoria teneatur, quam ſi creditor probaret pecuniam in refectionem nauis eſſe conſumptam; reſpondit, creditorem vtiliter acturum, ſi cum pecunia crederetur, nauis in ea cauſa fuiſſet, vt refici deberet.*

Qu. 16. *Quando ex cõtractu administratorum ciuitatis obligetur ciuitas?*

Idem dicendum ſi adminiſtrator reipubl. creditam accipiat, nomine reip. pecuniam: tunc enim reſpublica non obligatur, niſi pecunia probetur in vtilitatem eius conuerſa.

Expreſſum hoc eſt *in l ciuitas 27. ff. de rebus credit. ciuitas mutui datione obligari poteſt ſi ad vtilitatem eius pecuniæ versæ ſunt alioquin ipſi ſoli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.*

Ratio autem huius iſta eſſe videtur, ne ciuitates paſſim adminiſtratorum culpa damnum ſubeant *l. fin. Codic. de vendit rerum. ciuit.* Ad hoc enim euitandum, adminiſtratores de rebus, ad ciuitatem ſpectantibus, contrahendi mandatum ac poteſtatem habere non cenſentur, vt proinde non mirum, quod ex facto alieno ciuitas ſine mandatu non obligetur, niſi pecunia fuerit in vtilitatem eius notorie conuerſa.

Aliud ſane ſtatuendum quando ipſa ciuitas mutuam accipit pecuniam: tunc enim obligari eam, etſi in vtilitatem eius pecunia conuerſa non ſit, certum & expeditum eſt: qua de re vide quæ dixi *lib. 3. Variar. reſolut. tract. de reb. Cred.*

Qu. 17. *An ex delicto ciuitas obligetur?*

Ex delicto etiam ſuo ciuitatem obligari ait Autor noſter, quæ aſſertio fundamentum habet *in l. 9. §. 1. ff. quod met. cauſ.* Ibi Vlpianus: *Animaduertendum, ait Pomponius prætor hoc edicto generaliter & in rem loquitur, nec adijcit à quo geſtum, & ideo ſiue ſingularis ſit perſona, quæ metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic edicto locus erit.*

Sed contra quod ciuitas vel reſpubl. delinquere non poſſit, probari videtur. *l. 15. §. 1. ff. de dolo.* In qua Vlpianus ita ſcribit: *Sed an in municipes detur actio de dolo, dubitatur? Et puto ex ſuo quidem dolo non poſſe dari: quid enim municipes dolo facere poſſunt? Sed ſi quid ad eos peruenerit ex dolo illorum qui res eorum adminiſtrant; puto dandam, de dolo autem decurionum in ipſos decuriones de dolo dabitur actio.*

Ecce hic diſerte negatur, municipium poſſe dolum committere; ex quo ſequitur quod delinquere nequeat.

Sed hac lege non obſtante, verius eſt, quod ciuitas & reſpublica poſſit delinquere & delinquendo obligari.

Etenim ſi ciuitas, conuocatis omnibus ſolenniter ciuibus, communicatio conſilio quippiam perpetrarit quod legibus bonisq; moribus contrarium ſit pro delicto proculdubio habebitur. Vtputa ſi omnes ciues vel incolæ nomine ciuitatis animo deliberato & præcedenti conſilio poſſeſſionem alterius violenter occuparint. Iacob. Menoch. *remed. 9 recuper. poſſ. n. 123. & ſequent.* Ludolph. Schrad. *in tract. feud. part. 9. princ. part. 2. ſect. 9.*

Quod ſi ciuitas vel reſpublica, non cõuocatis ſolenniter ciuibus, nec deliberatione & conſilii communicatione præcedente, quippiam deſignarit, ciuitas vel reſpub. exinde non obligatur ad pœnam: etiamſi illi, qui ciuitati præſunt, conſules nempe vel ſuperiores ſine mandatu vniuerſorum ciuium quid perpetrarint: nam quod dicitur conſules, Senatum & præſidentes ciuitatis totam ciuitatem vel vniuerſitatem repræſentare, id tantum procedit in iis, quæ Senatui,

Conſu-

Digitized by Google

Conſulib. & prioribus à ciuitate generaliter vel ſpecialiter permiſſa, mandata, vel commiſſa ſunt: ſecus eſt in iis, quæ Senatui & præſidentibus ciuitatis demandata & conceſſa non ſunt Grauetta *Conſil. 195. n. 8 lib. 2.* Schard. *d. ſect. 9.*

Et ratio huius obſcura non eſt: etenim in mandato, ſiue commiſſione, quãtumuis generali, nunquam intelligitur conceſſa facultas delinquendi vel mandantem ad pœnam obligandi *l. 3. §. ſi procuratori. Digeſt. quod cuiuſque vniuerſitatis*, Atqui hodierni magiſtratus nullam habent auctoritatem, niſi quatenus ipſis per ſtatuta conceſſa & commiſſa eſt.

Quin etſi maior pars ciuium in delictũ conſenſerit; verius tamen adhuc eſt, quod ciuitas vel Reſpublica ex eo delicto non obligetur vt ſcribit Paulus Caſtrenſis *in l. iubemus n 6. C. de SS. Eccleſ.*

Nec aduerſatur huic quod dicitur *in l. 19 ff. ad Municipal.*

Quod maior pars curiæ fecerit pro eo haberi ac ſi omnes egerint.

Recte enim hoc reſtringitur ad ea, quę non vergunt in detrimentum Ciuitatis, ſed ad eius potius vtilitatem pertinent: quocirca factum à maiore parte vniuerſitatis, non cenſetur factum à tota vniuerſitate in his quæ ſunt de genere prohibitorum, & vbicunque lex, cauſa, vel ſaltem ratio reſiſtit. *Innocent. in cap. humilis. extra, de maiorit. & obedient.*

Quod ſi tamen ciuitas vel Reſpublica delictum, à maiore parte ciuium commiſſum, ratum poſtea habuerit, obligatur ad pœnam; quoniam ratihabitio æqui paratur mandatui *l. fin. C. de SC. Macedon.*

Idem eſt in delicto commiſſo à Ciuibus, etiam non conuocatis ſolenniter omnibus ciuibus, neq; communicato conſilio: nam illis poſtea omnib. hoc delictũ ratum habentibus, perinde habetur ac ſi omnium conſenſu delictum fuiſſet perpetratum.

Quod dictum eſt ciuitatem obligari, ſi conuocatis omnibus ciuib. communicatoque cum iis conſilio contraxerint vel deliquerint, idem quoque obtinet ſi vnanimi conſenſu Syndicum conſtituerint ad contrahendum, vel delinquendum: nam ex delicto huius & contractu ciuitatẽ non minus obligari atq; ſi ipſa deliquiſſet, vel contraxiſſet, dubium non eſt; cum quod quis per alium facit, ipſe feciſſe intelligatur, & mandans non ſolum ex contractu, ſed ex delicto quoq; mandatarii teneatur *l. 7. §. fin. ff. de iuriſdict.* Sed de contractu ſyndici & adminiſtratorum ciuitatum dixi *in d. tract. de Reb. Credit q. Variar. reſolut. iur. ciuil.*

RESOLVTIO THESIS *Quinta.*

EX quaſi-contractu negotiorum geſtorum duplex deſcẽdit actio directa & contraria, quarum illa datur domino, cuius negotia geſta fuerunt: hæc vero datur negotiorum geſtori. Qu. 18. *Quando directa competat actio, & num adhuc ſit aliqua differentia inter directam & vtilem actionem?*

Etenim cum par eſt vtriuſque contrahentis, in obligatione conſtituenda, ratio, toties vtrinque par & æqualis naſcitur actio; quando vero potior eſt alterutrius cauſa, in quem pręcipuus contractus finis reſpicit & ad quem maxime totum negotiũ refertur, ſolet huic dari actio directa: alteri vero, ad quem ſolum in conſequentiam contractus negotium refertur, datur actio contraria Weſenbec. *in paratitl. tit. ff. de pign. act. n 9.*

Quocirca cum quaſi-contractus potiſſimum ac principaliter concernat dominum, cuius negotia geruntur; idcirco ei datur actio directa: negotiorum geſtori vero, ad quem non niſi in conſequentiam dirigitur contractus, actio contraria datur.

Et præterea actio negotiorum geſtorum alia directa, & alia vtilis *l. 47. de negot. geſtor.*

Directa dicitur quæ ex verbis ſimul & men-

& mente legis proficiſcitur, vnde & directa appellatur quod ex lege recta deſcendit: vtilis vero actio, quæ ex ſola legis mẽte, per interpretationem, inducitur.

De hac igitur diuiſione, vtrumne adhuc in vſu ſit, non immerito quæritur, quia Paulus in *l. 45. ff. de negot. geſt.* verbis expreſſis ſcribit: ***Nihil referre an quis directa, an vero vtili actione agat, vel conueniatur, quia in extraordinarijs iudicijs, vbi conceptio formularum non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua ſit, maxime cum vtraque actio eiuſdem poteſtatis ſit eundemque habeat effectum.***

2. Quia nec Iuſtinianus in *tit. Inſtit. de act.* in quo tamen magno ſtudio & accurata diligentia actionum diuiſiones collegit ac ꝓpoſuit, vllo verbulo huius diuiſionis meminerit, quam tamen proculdubio non fuiſſet omiſſurus, ſi adhuc in vſu & obſeruantia eſſet.

Verum ſententia hæc refellitur in tot locis, in quot adhuc hodie mentio fit actionis vtilis ac directæ, vt in *d. l. 37. ff. de obligat. & act.* in qua hanc diuiſionem Vlpianus diſertis verbis proponit; & Iuſtinianus in *§. fin. Inſtitut. de leg. Aquil.* accurate inter directam & vtilem legis Aquiliæ actionem diſtinguit; ſicut directa tũc competat, cum quis corpore ſuo damnum dederit, vtilis vero tunc, cum alio modo, quam corpore ſuo damnum ſit datum. Vt taceam, quod adhuc actiones quædam recta ex legis vel verbis, vel mẽte deſcendant; quædam vero ad illarum exemplum per interpretationem inducantur, quarum hæ vtiles, illæ vero directæ appellantur, vt in proxime ſequenti quæſtione dicetur.

Nec obſtat adducta *l. 47. de negot. geſt.* ad quam tamen non vno modo, ſed varie interpretationes reſpondent.

Nam primo Iohannes Gödd. ad *l. 34. num. 12. de Verb. Signific.* reſpondet, diſtinguẽdo inter actionem bonæ fidei & ſtricti iuris, ita vt eo caſu, quo bonæ fidei actio competit, nihil referat, an quis directa an vtili experiatur; ſecus vero ſi quæ actio ſit ſtricti iuris: proinde in negotiorum geſtorum actione nihil referre, vtrũ directa, an vero vtili agatur, quia actio negociorum geſtorum eiuſdem ſit poteſtatis, ex quo bono ſcilicet & æquo arbitrium cõcedens, eundemque habeat effectum ex æquo & bono condemnandi.

Reſp. Sed hęc reſponſio ſubſiſtere vix poterit: tum quod & bonæ fidei actionũ alia directo ex lege, aut verbis contrahẽtium proficiſcatur, alia vero per interpretationem exinde eruatur; tum quod vtilis actionis negociorum geſtorũ mentio adhuc expreſſe fiat in *l. 7. C. arbitr. tut. & paſſim.*

Oswaldus Hilliger in *Notat. ad Donell. lib. 21. comm. cap. 2. lit. I.* reſpondet, *dictæ legis 47.* hunc eſſe ſenſum, quod tam vtili actione, quam directa negoc. geſtorum actione perſequi liceat id, quod intereſt, quod nempe ex cauſa geſtionis abeſt. Atque verba, ait, hæc *maxime cum vtraq; &c.* non tam confirmare priora, quam temperare, & particulam *cum* non poni pro *quia*, ſed pro *quando*; ſiquidem dicatur *cum eſt*, non *cum ſit*, ideoq; innuere, quod quandoq; inter has actiones, etiam in ipſo negociorum geſtorum iudicio interſit, tunc ſcilic. quãdo plus eſt in alterutra.

Forcatulus reſpondet: in *d. l. 47.* voculâ *maxime* ſignificari, quod aliquando eadem poteſtas vtriuſque actionis ſit, non ſemper; nempe in ſola negociorum geſtorum actione, non alia, quia illa ex ſola æquitate, perinde vt vtilis actio, deſcendat *l. 1. l. 2. de negoc. geſt.*

Ego, ſaluo aliorum iudicio, exiſtimo in *dict. l. 47.* id ſolum velle ICtum, quod, quoad effectũ, nihil interſit inter actionem vtilem & directam, differant tamen quoad cauſam & media concludendi: nõ enim ait Paulus ***Nullam amplius inter directam & vtilem ſupereſſe differentiam***, ſed ***nihil referre vtra quis agat, vel conueniatur.***

At cur hoc? qui nempe eiuſdem ſint poteſtatis & eundem habeant effectum: & ſane vtilem actionem aliam habere cauſam, & aliam directā, ex ſequentis quæſtionis enucleatione patebit. Eiuſdem vero eſſe effectus, etiam exinde conſtat, quod actione legis Aquiliæ vtili idē planè, quod directa, conſequamur *d §. penul.* & cum de homine libero vulnerato vtili actione l. Aquiliç agitur, idem in effectu, quod directā obtinetur.

Non obſtat quod actio vtilis ac directa adhuc effectu quoq; differant, propterea quod directa ſit ſæpe priuilegiata; vtilis vero non item *arg. l. 1. C. de priu. dot.* directa ſit famoſa, vtilis vero non item, ſecūdum Bart. *a 1 l. 1. ff. de obligat. & act.* eò quod odia minuenda ſint.

Reſp. Quod enim ad prius, committitur fallacia accidentis: nam quod actio directa, velut actio de dote, priuilegio munita eſt, id extrinſecus ei accidit, neque ex natura eius deſcendit, ſed fauori potius ac priuilegio perſonæ, cui iſta directa actio tribuitur, adſcribendum eſt.

Poſterius vero in mera coniectura cōſiſtit ac ſolius Bartoli autoritate nititur; ſiquidem de hoc grauis adhuc cōtrouerſia eſt, vtrum vtiles perinde vt directæ actiones famoſæ ſint.

Ad ſecundum argumentum, quod huius diuiſionis nulla ſit facta mentio in titulo *Inſtit. de act.* ad hoc, inquam, reſpondeo Iuſtinianum non omnes, ſed præcipuas ſolum actionum diuiſiones, quæ ad earū potiſſimum effectum ſpectant, retuliſſe, idque exinde pateſcere, quod celebrem illā actionis diuiſionem in directā & cōtrariam, Imperator penitus prætermiſerit; quam tamen ſublatam eſſe, aut vſu expiraſſe, nemo vnquam ſtatuit.

Cum porro ICtus Paulus in *d. l. 47. ff. de negot. geſt.* ſcribit, non referre directa quis, an vtili actione experiatur, quia in extraordinariis iudiciis, vbi cōceptio formularum non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua ſit: ſuſpicatur Antōn. Faber, Tribonianum iſtam Pauli ſentētiam, ad ſua tempora accommodādo, interpolaſſe, atque hæc verba *Quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum nō obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua eſt*, de ſuo addidiſſe: atq; huius ſuſpicionis hāc adducit rationē, quod demum poſt Paulum formularum conceptiones ſubtiles ac ſcrupuloſæ ſublatæ fuerint Imp. conſtitutionibus in *l. 1. & 2. C. de formul. & impetrat. ſublat.* Tēpore vero Pauli formulæ & impetrationes illarum viguerint atque vſitatæ fuerint, vt vel ſola *l. 2. C. de pedan. iudicib.* oſtendat, ex qua reluceat, quod olim magiſtratus ipſe ordinarie non iudicarit, ſed iudicem, qui iudicaret, conſtituerit, cui iudici formula à prætore præſcripta fuerit, quam in iudicando ſequeretur.

Quin & ideo prædicta verba Triboniani errorem ſapere exiſtimat, quia negotiorum geſtorum iudicium non fuerit extraordinarium, ſed ordinariū, quoniā prætor ipſe non ſolitus fuerit in hoc iudicio cognoſcere & ſentētiā ferre, ſed iudicē dare cōſueuerit, iudicia vero illa dicta fuerint, tēpore Pauli, ordinaria quib. iudicando præfuerit pedaneus iudex; extraordinaria vero in quibus magiſtratus iudicarit *d. l. 2. C. de pedan. iud. & §. vlt. Inſtit. de interdict.* vbi dicitur, quod hodie omnia iudicia ſint extraordinaria, cum omnib[9] in iudiciis ipſe magiſtratus iudicare & nō amplius iudicem dare ſoleat. Hotom. *d. lib. 7. Obſeruat. 4.*

Sed recte cum Iacobo Cuiacio reiicit hanc ſententiam Autor noſter. Etenim, tempore ICti Pauli & Vlpiani, formularum impetrationes quodammodo ceſſarant atque in vſu eſſe deſierant, vt arguit textus in *l. 8. §. 13. ff. ad SC. Velleian.* Nam ibi dicitur, nihil intereſſe, quia actione agatur, directa an vtili; at poſtea tempore Conſtantini omnia iudicia cœperunt eſſe extraordinaria, ratio videlicet ſolénitatis formularum veterum *l. 1. & 2.*

C. de

C. de formul. & impetrat. Mirum proinde non eſt, quod in *d. l. 47.* Paulus ſcribit in actione negotiorũ geſtorum hodie ſubtilitatem iſtam impetrationis ſuperuacuam eſſe. Quodque iudicium negot. geſtorum appellitat extraordinarium.

Quodnam iudicium porro ordinariũ fuerit & extraordinarium pluribus declarat Franciſcus Hotomannus *d. obſ. 4. lib. 7.* & nos de eo prolixius diſſeremus infra *diſp. 12. th. 3.*

Lit. B. Directam negotiorum geſtorum diximꝰ dari domino aduerſus eum qui geſſit; datur autem ad hoc, vt hic geſtionis & adminiſtrationis ſuæ rationem domino reddat *l. 2. ff. de negot. geſt.* quod ex negotio domini percepit lucri & commodi, hoc omne reſtituat dño, damnumq; quod negligẽtia ipſius, culpa & dolo datũ eſt, reſarciat *§. fin. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contractu naſc. l. 5. pr. ff. de obligat. & act.*

Lit. C. & D. Sed de quanam culpa teneatur negotiorum geſtor, non eſt perinde expeditũ?

Qu. 19. An negotiorũ geſtor teneatur de culpa leuiſſima? Et quidẽ ꝙ de culpa lata & leui teneatur negotiorũ geſtor, expeditũ eſt, ſed de leuiſſima culpa, quæ exactiſſimæ diligentiæ opponi ſolet, omnis eſt cõtrouerſia?

Communis eſt opinio quod non de leuiſſima, ſed de lata ſolum & leui culpa negotiorum geſtor conueniri poſſit. Et ita quoque Antonius Faber in *l. 11. ff. de negot. geſt.* Petr. Faber ad *l. 23. de Reg. Iur.* Hẽricus Bocerus *ibid. c. 4. n. 12.*

Quorum hæc ſunt fundamenta. 1. In *l. 20. C. de negot. geſt.* Imperatores Dioclet. & Maximin. hoc clare ſignificant, dum ita ſcribunt: *Tutori vel curatori ſimilis non habetur qui citra mandatum negotium alienum ſponte gerit: quippe ſuperioribus quidem neceßitas muneris, adminiſtrationis finem; huic autem propria voluntas facit, ac ſatis abundeq; ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur; ſecundũ quæ ſuper his quidem, quæ nec tutor, nec curator cõſtitutus vltro quis adminiſtrauit, cum non tantum dolum & latam culpam, ſed & leuem præſtare neceſſe habeat, à te conueniri poteſt.*

Hîc latæ duntaxat & leuis culpæ, non etiam leuiſſimæ fit mentio: at hanc ſilẽtio Imperatoris prætcrituri non fuiſſent, ſi & ipſa præſtanda eſſet.

2. Confirmat inſuper hanc ſententiã non parum quod ex huiuſmodi quaſi cõtractu negotiorum geſtorum nihil plane commodi ad geſtorem perueniat; ſed totus cõtractus ad ſolius domini, cuius negotia geſta ſunt, vtilitatem ſpectet: atqui certi & expediti iuris eſt, quod cum cõtractus ad ſolius creditoris & agẽtis pertinet commodum, debitor de leuiſſima culpa conueniri nõ debeat *l. 5. ff. cõmodati.*

3. Præterea ſi ad exactiſſimã & ſummã diligentiam negotiorũ geſtor obligatus eſſet, atq; de leuiſſima culpa teneretur, nemo facile alteriꝰ negotia curaturus & ſuſcepturus eſſet, cum præſertim mero amore dñi, nec vllo lucro adductꝰ negotia aliena quiſq; ſuſcipiat: hinc ſæpe, maximo cum detrimẽto abſentiũ, indefenſa relinquerentur ipſorũ negotia, ad quæ tñ gerenda amici inuitandi potius videãtur *d. §. fin. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contractu.*

4. Accedit his textus in *recept. ſentent. Pauli lib. 1. tit. 4. pr.* vbi dicitur: *Qui negotia aliena gerit & bonam fidem & EXACTAM diligentiam rebus eius pro quo interuenit, præſtare debet. Exactam*, ait Imperator, non *exactiſſimam*: Atqui *exacta diligentia* opponitur culpę leui, exactiſſimæ vero, culpæ leuiſſimæ: proinde cum à negociorũ geſtore exigitur duntaxat exacta diligentia, ſignificatur ipſum de leui ſaltem culpa teneri.

5. Cui ſimile eſt, quod in *l. ſi pupilli. 6. §. vlt. ff. de negot. geſt.* à negotiorum geſtore exigitur vt DILIGENS ſit, non etiam vt ſit diligentiſſimus. Cui cõſequens eſt, in negotiorum geſtore culpam leuem, & non leuiſſimam vindicari.

6. Pro eademque ſentẽtia facit *l. 11. ff. de negot. geſt.* in qua Pompon. *Si negotia abſentis & ignorãtis geras, & culpã & dolũ præſtare debes*: atqui culpa, quotiens abſolute

ponitur, leuem duntaxat culpam ſignificat, cum leuiſſima pene non ſit culpa, & ideo mirum non eſt eam, ne quidem implicite culpæ nomine contineri.

7. Huc etiam ſpectare videtur *l. 7. C. arbit. tut.* vbi hęc in verba Imperatores reſcribunt: *Quicquid tutoris dolo vel lata culpa aut leui ſeu curatoris minores amiſerint, vel cum poſſent, non acquiſierint hoc in tutelæ ſeu negociorũ geſtorum vtile iudiciũ venire nõ eſt incerti iuris.* Proinde actio negociorũ eſt de culpa leui, non de culpa leuiſſima.

His rationibus moti communiter ſtatuunt interpretes negociorum geſtorem de leui culpa teneri, de leuiſſima vero cõueniri non poſſe.

Cæterum quod negociorũ geſtor de culpa leuiſſima teneatur & exactiſſimam diligentiam in rebus, quas ſuſcepit gerẽdas, adminiſtrãdis adhibere teneatur, ſtatuit Hermannus Vulteius *1. diſcept. 11.* Iacobus Cuiacius *1. ſent. Paul. 4. & ad l. 23. ff. depoſiti.* Donellus *15. Comm. 15. ibidemq́;* Oſwald. *Hilliger.* Quæ opinio & mihi, præ altera iſta, quamuis communi, arridet, pro ea vero hæc faciunt argumenta.

1. In *l. 24. C. de vſur.* Philippus Imperator haut obſcure ſignificat, à negociorũ geſtore exigi diligentiam *exactiſſimam*, non ſolum *exactam*; dum de matre liberorum ſuorum negocia gerẽte, ita reſcribit: *Si mater tua minor annis conſtituta, negocia quæ ad te pertinent, geſſerit, cum omnẽ diligentiam præſtare debeat, vſuras pecuniæ tuæ, quam adminiſtraſſe fuerit comprobata præſtare compelli.*

Ecce hîc mater OMNEM diligentiam in gerendis & adminiſtrandis liberorum negotiis præſtare compellitur: quod ſi igitur *omnem diligentiam*, ſequitur quod & exactiſſimam diligẽtiam, quam culpæ leuiſſimæ apponi dictum eſt. Et, ſi à matre omnis exigitur diligentia, multo magis exigetur ab extraneo.

Non equidem me latet, vulgo interpretes: diſſentiẽtes reſpõdere OMNEM DILIGENTIAM in *d. l. 24.* nõ abſolute de omni diligentia, quam etiam diligentiſſim⁹ paterfam. adhiberet, ſed de omni diligentia matris, quam ſuis propriis rebus adhibere ſolet, intelligendam eſſe, quæ diligentia opponi ſoleat non leuiſſimæ, ſed leui culpæ.

Verum hæc interpretatio admittenda nõ videtur. 1. Quia eſt plane diuinatoria, nec vllo fundamẽto ſuffulta, cum Imperator nõ dicat *omnem diligentiã matris*, vel *omnem diligentiã, quã mater ſuis rebus adhiberet*; ſed abſolute & ſimpliciter *OMNEM diligentiam*; cum igitur Imperator non diſtinguat, nec nos diſtinguere debemus. 2. Quia diligentia, quam quis ſuis reb. adhibet, opponitur culpę latæ, ita vt ſi eã in alienis rebus nõ præſtiterit, latam culpã, ſeu culpam eam, quæ dolo proxima eſt, commiſerit; pro quo textus eſt in *l. 12. ff. depoſiti.* vbi ita ſcribitur: *Quod Nerua diceret, latiorem culpam dolum eſſe Proculo diſplicebat, mihi veriſſimum videtur: nam ſi quis non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt; niſi tamen ad ſuum modum, curam in depoſito præſtat, fraude non caret: nec enim ſalua fide minorem iis, quam ſuis rebus, diligentiam præſtabit.*

2. In *l. 11. ff. de negoc. geſt* ait Pomp. eum qui negocia gerit abſentis culpã & dolũ præſtare debere, ſed & interdum caſum.

His verbis Pomponius profitetur negociorum geſtorem culpam debere pręſtare: atqui leuiſſimam culpã eſſe culpã, patet ex *l. in lege. 44. ff. de l. Aquil. & §. final. Inſt. de ſociet.* Igitur ex mẽte Pomponij, & hæc à negociorum geſtore pręſtanda eſt. Et ſane quicquid prædicatur de genere, id etiam de ſingulis ſpeciebus, eo genere contentis prædicari intelligitur, niſi aliqua ſpecies expreſſe atq; nominatim excepta fuerit: hic autem in genere de culpa prædicatur, quod ea præſtetur à negociorum geſtore; igitur de ſingulis culpæ ſpeciebus, adeoque de culpa quoque leuiſſima, idem prædicari dicendum eſt.

Nec

Nec hic puto audiendos eſſe diſſentientes, quando aiunt, in *d.l.11.* per culpam intelligi duntaxat leuem, quæ in dubio appellatione culpæ veniat, cum culpa leuiſſima non ſit culpa, vt & ſupra fuit dictum.

Nam præterquam quod illa regula non ſit perpetua, *quod vbi ſimpliciter quis dolum & culpam præſtare iubetur, leuis ſolum culpa intelligatur*, ſed tunc demum procedat, quando res ſubiecta ſuadet, & arguit, nomine culpæ intelligi culpam duntaxat leuem. Aut leuiſſima culpa expreſſe excipitur vt in *l. 25. §. 16. ff. famil. hercisc. l.21. C. mandati.* Obſeruandum quoque eſt quod culpam & dolum Pomponius opponit caſui fortuito: at quotiens id fit, per *culpam* intelligitur omnis, etiam leuiſſima culpa, niſi & ipſa vel expreſſe, vel implicite (vt in *§. fin. Inſtit. quib. mod. re contr. obligat.*) excipiatur.

3. Inprimis vero huc facit *§.1. Inſt. de obligat. quæ quaſi ex contractu naſc.* Nam ibi Iuſtinianus Imp. ita ſcribit: *Sicut autem is, qui vtiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum, ita & contra iſte quoque tenetur, vt adminiſtrationis reddat rationem, quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem, nec ſufficit, talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.* His verbis Iuſtinianus clariſſime oſtendit, negotiorum geſtorem leuiſſimam culpam præſtare debere.

Et quanquam diſſentientes excipiant, exigere quidem Iuſtinianum à negotiorum geſtore exactiſſimam diligentiam, ſed ſub hac conditione, *ſi alius diligentior commodius adminiſtraturus eſſet negotia*, adeoque *d. §. 1.* ad eum caſum reſtringunt, quo ſe negotijs gerēdis diligentior obtulit, qui adminiſtraturus fuiſſet negotia, ſi illeadminiſtrationem non ſuſcepiſſet.

Tamen huic Interpretationi refragatur. 1. Quod hac ratione non regula traderetur in *d. §.1.* ſed exceptio, omiſſâ regulâ. 2. Quod vocula QVISQVE ſatis arguat, regulam in *d. §.1.* proponi, non exceptionem, nec ſpecialem caſum à regula generali exceptum. Hoc igitur ſentit in *d. §.1.* Iuſtinianus Imperator: negotiorum geſtorem ad exactiſſimam diligentiam præſtandam teneri, nec ſufficere tantam adhibuiſſe diligentiam, quantam ſuis reb. ſi modo alius quicunq; potuiſſet commodius & diligentius adminiſtrare negotia, etiamſi is ſe geſtioni non obtulerit.

4. Denique ſententiam noſtram non parum confirmat *l.21.C.mandati*, vbi Imperator ait, *in adminiſtratione alienorum negotiorum nil quicquam neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe.*

His non puto admodum aduerſari quæ pro contraria opinione ſupra fuerunt adducta.

Nam quod ad *d.l.20.C.de negot.geſt.* etſi ibi doli, latæ culpæ & leuis duntaxat, non etiam culpæ leuiſſimæ fiat mentio; non tamen ſequitur hanc culpam leuiſſimam non eſſe à negotiorum geſtore præſtandam. Vnius quippe incluſio non eſt alterius excluſio in legibus Codicis, quæ ſunt accommodatæ ad conſultationem & facti ſpeciem Impp. propoſitam, igitur de leuiſſima culpa in *d.l.20.* non reſpondent Impp. quia de ea non fuerant conſulti & quæſiti, ſed huiuſmodi facti ſpecies ipſis propoſita & oblata fuit, qua is qui conſulentis Octauianæ negotia geſſerat, dolum, latam & leuem culpam, non etiam leuiſſimam commiſerat. Quod ſi in genere quæſiti Impp. fuiſſent anne de omni culpa teneretur negotiorum geſtor aut conſulti fuiſſent in ſpecie de culpa leuiſſima, nullum apud me dubiū eſt, quin Imperatores de hac quoq; leuiſſima culpa reſponſuri fuiſſent.

Nec ſane hæc Interpretatio nuda coniectura & diuinatione nititur, ſed oppoſitione iſta, quæ fit in *d.l.20.* perſpicue colli-

gitur: nam opponuntur ibi tutor atque curator negotiorum geſtori ratione culpæ, de qua tenentur: atqui conſtat, & indubitati iuris eſt, quod tutor & curator de leui tenentur culpa. Igitur vt oppoſitio iſta conſiſtat, neceſſario admittẽdum eſt, negotiorum geſtorem non ſolum de leui ſed de leuiſſima quoque culpa teneri.

Similiter non aduerſatur quod quaſi-contractus negotiorum geſtorum ſolius domini, cuius negotia geruntur, vtilitatẽ concernat, non etiam negotiorum geſtoris; nam quod dicitur leuiſſimam culpam non præſtari, cum contractus non pertinet ad vtilitatem debitoris *d.l.5.* id hanc patitur limitationem, niſi debitor ſeſe contractui obtulerit ſuamque profeſſus fuerit diligentiam: atqui negotiorum geſtor nullâ plane neceſſitate coactus, ſed ſponte ſua ſuſcipit aliena negotia adminiſtranda. Igitur merito de leuiſſima tenetur culpa.

Ad tertium reſpondeo, etſi interſit illorum, qui ſubita feſtinatione coacti, nulliq; rerum ſuarum demandata cura, peregre abſunt, negotia non negligi nec deſeri, ſed ab amicis adminiſtrari; non tamẽ illorum intereſt quomodocunq;, ſed diligentiſſime adminiſtrari.

Quo pertinet quod Cicero ſcribit in *Orat. pro Sext. Roſcio Amerino: in priuatis rebus, ſi quis rem non modo malitioſius geſſit, ſeu queſtus & commodi cauſa, verum etiam negligentius, is admittit ſummum dedecus. Quid enim recipis mandatum ſi aut ad tuum commodum conuerſurus, aut neglecturus es? Cur mihi te offers ac meis commodis officio ſimulato officis & obſtas? Recede de medio per alium tranſigam, ſuſcipis onus officij quod te putas ſuſtinere poſſe.*

Ad quartum & quintum reſpondeo, exactiſſimam diligentiam recte appellari quoque diligentiam exactam, quoniam ſuperlatiuo ineſt poſitiuus: nam qui doctiſſimus: recte dicitur doctus qui ſapientiſſimus eſt recte dicitur ſapiens, & ideo non ſequitur negotiorum geſtor tenetur præſtare exactam diligentiam: ergo non exactiſſimam; item negotiorum geſtor debet eſſe diligens: ergo non diligentiſſimus: ſi enim à mandatario requiritur vt aliena negotia EXACTO gerat officio in *l. in re mandata C. mandati.* Et tamen nihil quicquam ab eo neglectum culpa vacuum eſſe dicitur ibidem. Ita quoq, commodatarius dicitur exactã diligẽtiam adhibere rebus commodatis *§.2. I. quib. mod. re contrah. obli.* & tamen ipſum de culpa leuiſſima conueniri ibidem exponitur, & tradit Ictus in *d.l.5.§.2.ff. Commodati.*

De *l.11.ff. de Negot. geſt.* iam ſupra fuit oſtenſum, quod recte conſiderata & penitius inſpecta, potius corroboret, quam infirmet ſententiam noſtram.

Nihil denique ad rem facit *l.7.C. arbit. tut.* quæ ſeptimo loco adducebatur; nam ibi actio negotiorum geſtorum dicitur quidem dari de leui culpa, ſed non aduerſus quemuis verum aduerſus tutorem & curatorem. Aduerſus hos autem ideo non datur de culpa leuiſſima, quia non ſponte accedunt ad negotia aliena adminiſtranda coacti *dict. l. 20. C. de Negot. geſt.* Male idcirco ſic infertur: actio vtilis datur aduerſus curatores ſolum de leui culpa: ergo etiam aduerſus quoſuis datur duntaxat de culpa leui, non etiã leuiſſima. His igitur obſtaculis remotis relinquitur regulariter geſtorem negociorum de leuiſſima culpa conueniri.

Eſt tamen caſus quo non tenetur negotiorum geſtor de leuiſſima, ſed nec de leui culpa cum quis negotia alias certo peritura ſuſcipit gerenda, ſuaque geſtione efficit ne domino peremit *l.3.§.9.ff. de Negot. geſt.* in qua Vlpianus: *Interdum in negotiorum geſtorum actione Labeo ſcribit, dolum ſolummodo verſari: nam ſi neceſſitate coactus, ne bona mea diſtrahantur, negotijs te meis obtuleris, æquiſſimum eſſe dolum duntaxat te præſtare, quæ ſententia habet æquitatem.*

Lit. R. Qu. 20. Quando negotiorũ geſtor non tenetur de culpa leuiſſima?

Nam

Nam ingratiſſimus eſſet qui huic geſtori obijceret, cur tantam erga ipſum affectionem habuiſſet; cum alias geſtori culpa quodammodo imputari poſſit, cur ſe rebus immiſcuerit ad ſe non pertinentibus.

Lit. F. Qu. 21. Quanto negotioru̅ geſtor teneatur de caſu fortuito?

De caſu ſane fortuito non tenetur negotiorum geſtor, quia nec alius quiſquam de caſu fortuito conueniri poteſt. Ita Vlpianus: *Animalium caſus, mortes quaque ſine culpa accidunt, fuga ſeruorum, qui cuſtodiri non ſolent, rapina tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præſtantur in l.23. de regu.iur.* Et in *l.6.C. de pignorat. act.* reſcribit Alexander: *Quæ fortuitis caſibus accidunt, cum præuideri non potuerint, in quibus etiam aggreſſura latronum eſt, nullo bonæ fidei iudicio præſtantur.*

Etenim quotiens res perit ſine culpa aut dolo alterius, æquiſſimum eſt eam perire domino ſuo *l.9.C.de pign.act.* cum enim is commodum illius rei ſentiat, quid æquius quam eundem quoque damnum ſuſtinere & incommodum §.3.*l. de empt.vendit.* ſed duo excipiuntur caſus quibus etiam de caſu fortuito tenetur negotiorum geſtor. 1. Si negotiorum geſtor tale negotium ſuſcipiat quod dominus non fuiſſet ſuſcepturus. Ita Pomponius: *Si negotia abſentis geras & culpam & dolum præſtare debes, ſed Proculus, interdum etiam caſum præſtare deberes, veluti ſi nouum negotium, quod non ſit ſolitus abſens facere, tu nomine eius geras, nam ſi quid damnum ex ea re ſecutum fuerit te ſequetur, lucrum vero abſentem.* 2. Si caſu fortuito cauſam præſtiterit & occaſionem dederit §.2.*Inſtit.quib.mod.re contrahit.obligat.* 3. Si pacto in ſe receperit caſum fortuitum, eumque præſtare promiſerit *l.22. C. de Negot. geſt. Negotium gerentes alienum, non interueniente ſpeciali pacto, caſum fortuitum præſtare non compelluntur.* Et in *l.1.C. de commodato.* Imperator. de commodatario reſcribunt, *quod ſi in ſe caſum fortuitum pactione promiſerit, teneatur eum præſtare, damnumque rei commodatæ, fortuito caſu peremptæ ad ipſum commodatarium pertineat*: & ratio eſt quod etſi caſus fortuitus ex natura contractus non veniat præſtandus, pacta tamen ſoleat formam dare contractui, cui apponuntur *l.7.§.5. ff.de pact.* de hoc vide plura *in tract. de æſtim.*

RESOLVTIO THESIS SEXTÆ.

Lit. A. Qu.22. An co̅traria actio negotioru̅ geſtorum competat geſtori, ſi inutiliter geſſerit negotia & dominus ratu̅ habuerit?

Contrariam actionem negotiorum geſtorum diximus dari geſtori aduerſus dominum de eo, quod in negotia domini impendit, reſtituendo: & competit non ſolum tunc, quando vtiliter geſſit negotia domini, ſed etiam quando inutiliter, modo dominus id quod geſtum eſt probarit ratumq; habuerit: hoc quippe Scæuola tradit in *l.9. ff. de Negot. geſt.* vbi in hæc verba: Pomponius ſcribit, *Si negotium à te, quamuis male geſtum, probauero; negotiorum tamen geſtorum pendeat: nam quomodo cum ſemel cœperit nuda voluntate tolletur? Sed ſuperius ita verum ſe putare, ſi dolus malus à te abſit, Scæuola: immo puto etſi comprobem, adhuc negotiorum geſtorum actionem eſſe, ſed eo dictum, te mihi non teneri quod reprobare non poſſim ſemel probatum, & quemadmodum quod vtiliter geſtum eſt, neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipſo probatum eſt. Cæterum ſi vbi probaui non eſt negotiorum actio, quid fiet ſi à debitore meo exegerit, & probauerim? quemadmodum recipiam? Item ſi vendiderit? Ipſe deniq; ſi quia impendit, quemadmodum recipiet? Na̅ vtiq; mandatum non eſt. Erit igitur & poſt ratihabitionem negotiorum geſtorum actio.*

Ecce hic proponitur, quod ſi dominus id quod male geſtum eſt, probauerit, ipſe quidem de eo, quod ratu̅ habuit, non habeat actionem negotiorum geſtorum, cu̅ q; ſemel probauit, amplius reprobare nequeat: ſed t̄n negotiorum geſtoru̅ actio co̅petat geſtori de eo, q; in negotiu̅ iſtud impenderit.

Etſi

Etſi vero vulgo exiſtiment Interpp. ea, quæ ex Pomponio referuntur, à principio legis vſque ad *verſ. Scæuola.* reprehendi à Icto Scæuola adeoque Scæuolam negaſſe de eo, quod male geſtũ eſt, poſt domini ratihabitionem, actionem domino denegandam. Verius tamen eſt, quod & Antonius Faber cum in *d. lib. 4. coniect. 10.* tum in Rationalibus ad *d. l. 9.* notat, Scæuolam improbaſſe non quod Pomponiꝰ ex ſentẽtia omnium dixerat, ſi negotium, quamuis male à te geſtum probauero, te mihi negotiorum geſtorum actione non teneri; ſed id ſolum improbare, quod ex ea propoſitione Pomponius inferebat: pendere igitur actionem negotiorum geſtorum, quandiu pendeat ratihabitio, ne ſubſecuta quandocunq; ratihabitione agendum ſit de tollenda actione. Contra enim putat Scæuola, neque pendere interim actionem negotiorũ geſtorum, neq; ſemel competentem tolli poſtea per ratihabitionem; ſed & ſtatim naſci ex ipſa geſtione & ſemel natam durare etiam poſt ratihabitionẽ id quod Scæuola variis probat argumentis in *verſ. Cæterum.*

Quod vero illud non improbet Scæuola, quod alijs omnibus placet, ſi negotium, quamuis male a te geſtum probauero, te mihi negotiorum geſtorum actione non teneri, ex ipſo contextu patet.

Lit. B. Nihil præterea refert (quoad actionem videlicet negotiorum geſtorum geſtori dandam) an negotia alicuius ab initio fuerint, an vero ex poſt facto eius effecta ſint.

Hinc igitur quæſtio ſuboritur longe intricatiſſima, anne ſi id quod nomine abſentis geſtum fuerit, poſtea ratum habuerit, competat actio mandati an vero negotiorum geſtorum actio?

Et quod non competat actio negotiorum geſtorum, ſed mandati, dicendum videtur per textum in *l. 60. ff. de reg. iur.* in qua Vlpianus: *Semper qui non prohibet pro ſe interuenire, mandare intelligitur: ſed etſi quis ratum habuerit quod geſtum eſt, obſtringitur mandati actione.*

2. Eodemque facit, quod in *l. 25. C. de donat. inter vir. & vxor.* Iuſtinianus ſcribit, ſpecialem confirmationem, ſiue ratihabitionem ad illud tempus referri, quo donatio conſcripta fuerit, ſicut & alias ratihabitiones negotiorum geſtorum ad illa reduci tempora oporteat, in quibus contracta fuerint: ex quo ſane indubitate ſequitur, quod per ſubſequentem ratihabitionem intelligatur iam ab initio geſtionis mandatum contractum, adeoque non actio negotiorum geſtorum, ſed mandati competat.

3. Et quod ex ratihabitionẽ naſcatur actio mandati, haut obſcure colligitur ex *l. fin. C. ad SC. Macedon.* vbi ita Imp. ſcribit: *Neceſſe eſt ratihabitionem vel principali mandato; vel conſenſui non eſſe abſimilem: cum noſtra nouella lege generaliter omnis ratihabitio prorſus retrotrahatur & confirmet ea quæ poſtea ſubſecuta ſunt.*

Cæterum quod non competat actio mandati, ſed negotiorum geſtorum, eo caſu, quo id, quod geſtũ eſt, approbatum fuit à domino, textibus non minus perſpicuis demonſtrari videtur.

1. Pro hac quippe ſententia facit *l. 6. §. 10. ff. de negot. geſt.* dum ibi hæc verba Iulianus ſcribit: *idem ait ſi Titij debitorem, cui te heredem putabam, cum eſſet Seius heres conuenero ſimiliter & exegero, mox tu ratum habeas, eſſe mihi aduerſus te, & tibi mutuam negotiorum geſtorum actionem: atquin alienum negotium geſtum eſt? Sed ratihabitio hoc conciliat, quæ res efficit, vt tuum negotium geſtum videatur & à te hereditas peti poſſit.* Hic ex ratihabitiõe negotij geſti datur actio negotiorum geſtorum.

2. In *l. 9. in fine ff. eod. tit.* denuo id inculcat Scæuola Ictus, videlicet ex ratihabitione & approbatione negotij, quantumuis male geſti, competere actionem negotiorum geſtorum ipſi geſtori.

3. Idem confirmat *l. 50. ff. mandati.* In qua Celſus:

Celſus: *Si is*, inquit, *qui negotia fideiuſſoris gerebat, ita ſoluit ſtipulatori vt reum fideiuſſoremque liberaret, idque vtiliter fecit, negotiorum geſtorum actione fideiuſſorem habet obligatum, nec refert ratum habuit necne.*

Cæterum hi textus ſic conciliari debent atque in concordiam redigi, vt ex ratihabitione naſcatur actio mandati, ſi meum negotium, mea contemplatione, fuerit geſtum, actio vero negotiorum geſtorum tunc, quando vel meum negotium geſtum non eſt meo nomine, vel nō meum negotium geſtum eſt meo nomine: ideo autem, ſi non fuit negotium ratum habentis, quamuis eius contemplatione ſit geſtum, non poteſt habere vim mandati ratihabitio, quia neceſſe eſt, vt ratihabitio prius faciat negotium eius, qui ratum habet, quam vt mandato æquiparari poſſit, quando nemo creditur mādaturus alicui vt aliena negotia gereret, quod neque hunc facturum fuiſſe ex eo clare conſtet, quod negotium non ſuum ideo voluit habere ratum vt faceret ſuū. Non poteſt autem vna eademque ratihabitio ſimul facere, vt & negotium, quod ratum habeo, fiat meum & ex meo mandato geſtum videatur. In ijs enim, quæ ordinem faciendi requirunt & à voluntate hominis pendent, non poſſunt duæ res diuerſæ fieri vno eodemq; actu, at neque per fictionem induci Anton. Faber in *Rational. ad d.l.6.§.10. de negot. geſt.*

Quanquam Hubertus Giphanius exiſtimet, actionem negotiorum geſtorum & actionem mandati hoc caſu concurrere & vtramque actionem ex ratihabitione competere *arg.l.5.ff. de except. rei iudicat.* vbi ſcribit Vlpianus: *De eadem re agere videri & qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat. Sed & ſi alia experiatur de eadem tamen re: vtputa ſi quis mandati acturus, cum ei aduerſarius iudicio ſiſtendi cauſa promiſiſſet propter eandem rem agat negotiorum geſtorum actione.*

Sed poſterior hæc ſententia vix ſuſtineri poteſt: ſiquidem, vt ex prædictis conſtat, actio negotiorum geſtorum datur, quando nullum domini, cuius negotia geruntur mandatum interceſſit: mandati vero tunc demum cū mandatum domini interuenit: fieri proinde non poteſt, vt ex eadem cauſa duæ iſtæ actiones, negotiorum, inquam, & mandati cōpetant. Neq; in adducta *l.5.* ex eadem cauſa actiones hæ promanare & concurrere, ſed de eadem duntaxat re inſtitui poſſe dicuntur; ita videlicet, vt ſi prius de alio aliquo negotio geſto actum fuerit mandati, ſed mandatum probari non potuerit, tunc, deficiente hac actione mandati, poſſit negotiorū geſtorum actione (quam dari diximus cū ſine mandato alienum negotium adminiſtrandum ſuſcipitur) agi.

Iohannes Robertus *2. ſent. 6.* textus ſupra adductos, ad ſpeciem contrarios ita concordare nititur, vt diſcrimen conſtituat inter eos, qui ſine mandato alicuius negotium geſſerint: vt ſiquidem qui geſſerit, falſus ꝓcurator fuerit, hoc eſt, quaſi à domino rogatus & mandatum habens, negotio ſe alicuius immiſcuerit, ratihabitione ſubſecuta, mandati oriatur hinc inde actio, ſecus ſi affectione ſola adductus & officio ad abſentis negotia acceſſerit, ne quid illi periret, non autem quaſi ab eo rogatus mandatumue habens: tunc enim etiamſi ratihabitio ſubſecuta ſit, non alia, quam negotiorum geſtorū actio dabitur *arg.l.3.§. hac actione. ff. de neg. geſt.* priore enim caſu conſtat, vtriuſq; conſenſum ſic coniungi, quaſi ex mandato vterq; obligari voluerit, cum mandatum præceſſiſſet. Nam falſus procurator, cum ſibi id negotij mandatum fuiſſe profitetur, iam ab initio conſentire intelligitur, vt perinde, ac ſi mandatum fuiſſet, teneatur, ſiue dominus rem ratam habiturum cauerit, ſiue non cauerit, quia nulla ei exceptio ꝓcuratoria ſit obiecta *arg.l. inter quos. §. alieno. ff. de damn. infec. l.i.l. exigere C. de procur.*

Inde ſubſecuta ratihabitio, cum retrotrahatur ad id tempus, quo cœptum eſt ab eo nomine procuratoris geri, iam adijcitur alterius conſenſus, ſicque non tantum interpretatione legis, ſed & vere initur mandati contractus vtriuſq, conſenſu: itaque non mirum, ſi tum mandati oriatur actio *arg. l. Mandaſti, ff. de neg. geſt. & l. 3. §. obligatio. ff. de Procur.* Aliud, ſi officium abſenti præſtare volens eius negocium geſſero: nam quamuis ratihabitio ſubſequatur, non interuenit tamen eius, qui geſſit, conſenſus, quo is quaſi ſibi mandatum fuiſſet, obligari voluerit, nec eius animi ſe eſſe profeſſus eſt, vt quaſi Procurator gereret. Itaque cum ex negotio tantum geſto non vtriuſque conſenſu obligetur, per conſequens ex quaſi contractu non alia tunc, quam negotiorum geſtorum oritur actio *arg. l. ab vno C. de neg. geſt. & §. 1. Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contr. d. l. mandaſti.*

Nec obſtat Vlpiani reſponſum in *d. l. ſi pupilli. §. idem ait*, in cuius ſpecie, quaſi mandatum fuiſſet, aliena negotia geſſi, & tamen negotiorum tantum geſtorum non mandati actio datur, ſed hoc ideo, quod errore crederem mihi mandatum eſſe, cum is error conſenſui contrarius ſit, indicetque ſatis, me eius animi fuiſſe, vt ex mandato obligari vellem. Itaque non mirum, ſi eius quod mandatum mihi credidiſſem, nulla habeatur ratio quoad copulandum mandati contractum *argum. l. ſi per errorem. ff. de iuriſ. omn. iud. l. Nihil conſenſui. ff. de reg. iur. l. 2. ff. de iud.*

Lit. C. Agit porro negotiorum geſtor contraria negotiorum geſtorum actione ad ſibi reſtituendum ac præſtandum quicquid occaſione negotij geſti ſibi abeſt, aut abfuturum eſt; id quod vtilitatis cauſa receptum eſſe Iuſtinianus ſcribit, quia nemo abſentium negotia curaturus eſſet, ſi de eo quod quis impendit nullam habiturus eſſet actionem *§. 1. I. d. oblig. quæ ex quaſi contractu.*

Is ſane qui domino prohibente ſui potius lucri cauſa aut deprædandi animo negotia geſſerit, non habet de impenſis recuperandis actionem negotiorum geſtorum, quod aperte cautum eſt à Iuſtiniano in *l. fin. C. de Negot. geſt.*

Sed quid ſi in re communi vnus dominorum prohibuit adminiſtrationem, alter vero prohibuit, anne is qui non prohibuit actione negotiorum geſtorum de impenſis teneatur? quæritur.

Et quod aduerſus hunc, qui geri non prohibuit, detur actio negotiorum geſtorum, probat *l. 8. §. fin. ff. de negot. geſt.* In qua ita ſcribitur: *Iulianus lib. 3. tractat. Si ex duob. ſocijs alter me prohibuerit adminiſtrare, alter non, an aduerſus eum qui non prohibuit habeam negotiorum geſtorum actionem, mouetur eo quod ſi data fuerit, aduerſus eum actio neceſſum erit & eum pertingi qui vetuit, ſed & illud eſſe iniquum, eum, ſi mutuam pecuniam alteri ex ſocijs, prohibente ſocio dediſſem, vtique eum obligarem, & puto ſecundum Iulianum debere dici, despereſſe contra eum, qui non prohibuit negotiorum geſtorum actionem; ita tamen vt is, qui prohibuit ex nulla parte, neque per ſocium, neque per ipſum aliquid damni ſentiat.*

In hac ſpecie cum ad duos ſocios negotium pertineret, vno prohibente, altero non prohibente, Titius negotium geſſit: ergo is, qui non prohibuit, merito negotiorum geſtorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id eſt eo, quod ſocius prohibuit ne Titius gereret; quoniam huiuſmodi facto, id eſt prohibitione ſocij non ſatisfit Titio Creditori nec dici poteſt, Titium conſenſiſſe, ac voluiſſe vnum liberari, eo quod alter prohibuit gerere. Pacius 2. *antin. q. 55.* Datur proinde aduerſus eum, qui non prohibuit, negotiorum geſtorum actio, quemadmodum ſi eius ſolius negotia geſta eſſent, ſed pro parte duntaxat, id eſt, ita tamen; vt neque conueniatur pro parte ſocij, qui prohibuit, neque rurſus

is

is qui prohibuit nulla ex parte, ſiue per ſocium ſiue per ſe ipſum aliquid damni ſentire poſſit Anton. Faber in *Rat. ad d.l.8. §.fin.ff.de Negot. geſt.*

RESOLVTIO THESIS *Vltima.*

Lit.A. POſtquam expoſitum eſt qui tum ſuo, tum alieno nomine poſtulare & agere poſſunt, ſubijcitur titulus, de calumniatoribus: quæ autem ratio ſit continuationis & connexionis tituli huius de calumniatoribus cum præcedente titulo de negotijs geſtis non iniuria quæritur? Videtur etiam iſti duo tituli nihil quicquam habere commune.

Vdalricus Zaſius, præſtantiſſimus ſui temporis ICtus, hanc rationem connexionis tradit, quod cum in *tit. de Negot. geſtis* actum fuerit de ijs negotijs, quæ bona fide geruntur, ideo in titulo ſequenti de Calumniatoribus, de his agendum fuerit, qui ex nequitia in iudicio negotium, id eſt, controuerſiam faciunt. In *paratitl. de Calumniator.*

Iacobus Cuiacius idcirco poſt negotiorum geſtionem à Compilatoribus iuris ſubiectum fuiſſe titulum de Calumniatoribus exiſtimat quia & is, qui calũniator, negocium alteri facere vel non facere dicitur, idcirco ad explicandam iſtam negotij ambiguitatem, poſt tractatum de negotijs geſtis abſolutum de calumniatoribus actum fuiſſe.

Sed non eſt, quod quis multum laboret in reddenda connexionis titulorum in Pandectis ratione, cum conſtet certam & accuratam methodum non fuiſſe à compilatoribus in iure obſeruatam, vt ſupra quoque dictum fuit in *diſput.1. theſi 2.*

Lit.B. CALVMNIATOR dicitur qui pecuniam, vt alicui negotium faceret, vel non faceret, accepit. Paul.1. *ſentent.5.* Weſenbec. *in paratitl. de calumniatoribus.* Cui adſtipulatur Vlpianus in *l.1.prin. ff. de Calumniator. Vt negotium*, inquam, *faceret, agendo videlicet, vel alia ratione diuexando quo aliquid ei extorqueat l.43.de petit.hered.l.29.§.pen.ff.mandat.l.pen.ff.ad exhib.* Aut non faceret accipiendo aliquid ab eo, cui negotium facere minabatur, vt ſi reus maluit, aliquo dato, ſeſe redimere à calumnijs, quam malitioſa lite diuexari, *l.penult.ff.de Calumniatoribus.*

Sane qui ſuper cauſa dubia tranſigit, atque vt à lite deſiſteret ſuoque iure cederet pecuniam ab aduerſario accepit, calumniari non dicitur; id quod Vlpianus expreſſe ſcribit in *d.l.1.§. fin. ff. de calumn.* nam tractari poteſt, ſi aduerſarius non per calumniam tranſigendi animo accepit, an conſtitutio ceſſat, & puto ceſſare, ſicut hoc quoq; iudicium: neq; enim tranſactionibus eſt interdictum, ſed ſordidis concuſſionibus.

Nihil præterea intereſt, cauſa ciuilis ſit anne criminalis, in qua quis vt alteri negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepit. *l.1.§.1.d.tit.* Hoc autem iudicium non ſolum in pecuniarijs cauſis, ſed & ad publica crimina pertinere Pomponius ſcribit.

Et is quidem, qui in Ciuili iudicio calumniatus fuerit actione, tenetur in factum, quæ intra annum eſt quadrupli, poſt annum ſimpli. Sic autem intra annum eſt quadrupli, vt quadruplum non mera ſit pœna, ſed in ſe quoq; rei perſecutionem contineat *l.5.ff.h.tit.* *Lit.C.*

Poſt annum vero idcirco in ſimplum competit & rei duntaxat perſecutionem continet, quia actiones prætoriæ pœnales, aut mixtæ, quatenus pœnales ſunt, temporales ſunt & anno terminantur *tit.Inſt.de perpet. & temp. act.pr. Inſtit.de vi bonor.raptor.*

Quin etiam interdum extra ordinem punitur Calumniator pœna arbitraria ita Vlpianus libro quarto Opinion. ſcri- *Lit.D.*

Digitized by Google

bit, *Si ab eo, qui innocens fuit, ſub ſpecie criminis alicuius, quod in eo probatum non eſt, pecuniam acceptam; is, cuius ea de re notio eſt edoctus fuerit; id quod illicite extortum eſt, ſecundum edicti formam, quod de his qui pecuniam vt negotium facerent, aut non facerent accepiſſe dicerentur, reſtitui iubeat, & ei, qui id commiſit, pro modo delicti pœnam irroget l. penult. ff. hoc titul.*

Atque huc ſpectat *l. 3. ff. ad SC. Turpill.* vbi Paulus: *& in priuatis & in extraordinarijs criminibus omnes calumnioſi extra ordinem pro qualitate admiſſi plectuntur.*

Hinc cum apud Paulum *tit. 5. lib. 1. recept. ſentent.* legitur. Et in priuatis & in publicis iudicijs omnes calumnioſi extra ordinem pro qualitate admiſſi plectuntur. Iacobus Cuiacius pro in *publicis iudicijs* ibi legendum putat *in extraordinarijs criminibus*, quoniam in publicis iudicijs calumnia iure ordinario id eſt lege Remnia vindicatur *l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* vbi Modeſtinus: *Calumniari eſt falſa crimina intendere: præuaricari, vera crimina abſcondere: Tergiuerſari in vniuerſum ab accuſatione deſiſtere Calumniatoribus pœna lege Remnia irrogatur.*

Lit. E. Eius qui in publico iudicio calumniatus erat, olim ex L. Remnia hæc pœna erat, vt frons calumniatoris notaretur eique litera C. vel K. inureretur: vnde *calumniatori* opponitur vir *integræ frontis*, ſic enim Papinianus ſcribit in *l. 13. ff. de teſtib. Quæſitum ſcio an in publicis iudiciis calumniæ damnati teſtimonium iudicio publico perhibere poſſunt, ſed neque lege Remnia prohibentur, & Iulia lex de vi & repetundarum & peculatus eos homines teſtimonium dicere non voluerunt: veruntamen quod legibus omiſſum eſt non omittitur religione iudicantium, ad quorum officium pertinet eius quoque teſtimonij fidem quod INTEGRÆ FRONTIS homo dixerit, perpendere.*

Cæterum hanc L. Remniam ſuſtulit Conſtantinus Imperator in *l. 17. C. de pœnis, Si quis*, inquiens, *in metallum fuerit pro criminum depreheñſorum qualitate damnatus, minime in eius facie ſcribatur cum & in manibus & in ſuris poßit pœna damnationis vna inſcriptione comprehendi, quo facies, quæ ad ſimilitudinem pulchritudinis eſt cæleſtis figurata, minime maculetur.*

Inſuper actionem quoque in factum extra ordinem dari aduerſus eum, qui in publico iudicio eſt præuaricatus, euincit *l. penultim. ff. de Calumniator.* qua actione in quadruplum agitur ad hoc videlicet, vt res extorta per calumniam reſtituatur, præterea tripli pœna ſoluatur.

Sublata autem Lege Remnia, Calumniatores in publicis iudicijs, vi inſcriptionis, in crimen ad pœnam talionis tenebantur; *Quiſquis crimen intendit, non impunitam fore nouerit licentiam mentiendi, cum calumniantes ad vindictam poſcat ſimilitudo ſupplicij*, inquiunt Impp. Diui Honor. & Theodoſ. ſed de ſubſcriptione in crimen agetur infra *volum. 2. diſput. 31. theſi 3.* Lit. F.

Denique arbitraria quoque pœna, quæ vt alibi dicetur, ad mortem vſque, pro qualitate & atrocitate delicti exaſperari poteſt, hoc delictum coërcetur. Et inſuper calumniæ in publico iudicio damnatum perpetua ſequitur infamia *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Lit. G.

Cum porro hactenus aliquoties mentio facta ſit actionis ordinariæ & extraordinariæ, reſtat vt de criminibus ordinarijs & extraordinarijs nonnihil ſubijciamus. Et quidem publica iudicia ordinaria legem, pœnam, formulam habent certam, veluti Maieſtatis, proditionis repetundarum, peculatus, ambitus, adulterij, ſtupri, homicidij veneficij, parricidij, fraudatæ annonæ, reſiduorum, vis, &c.

Extraordinaria vero crimina dicuntur, quæ legem quidem habent certam, ſed:

ſed pœnam & formulam certam non habent.

Hodie omnia crimina eſſe extraordinaria, omneſq; pœnas arbitrarias aſſerit Cuiacius *8. obſeruat. 33.* & *ad tit. 5. lib. 1. receptar. ſentent. Pauli.* Pro quo facit *l. Hodie. 13. ff. de pœnis. Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoſcit quam vult ſententiam ferre, vel grauiorem, vel leuiorem; ita tamen vt in vtroque modo rationem non excedat.*

Sed recte ad hoc reſpondet Bocerus *cap. 5. de famoſis libellis.* ex verbis initialibus legis ſatis conſtare, ICtum loqui non in genere de quouis crimine, ſed ſolum in ſpecie de crimine extraordinario, vt in hoc iudicantis religioni relinquatur, quá velit ſententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorem.

Non aduerſatur *l. Ordo. ff. de public. indic.* quæ hoc ſolum probat, quod iudicia publica ratione ordinis ea exercendi extraordinaria ſint, non etiam ratione pœnæ, quam adhuc certam & arbitrariam eſſe, eadem lex demonſtrat. Nihil quoque ad rem facit *leg. 7. §. final. ff. ad L. Iul. repetund.* in qua aſſeritur ex lege repetundarum hodie extra ordinem puniri; adeoque delictum iſtud extraordinarium eſſe: nam inde non ſequitur omnia delicta publica eſſe extraordinaria, & extraordinarias atque arbitrarias habere pœnas. Quinimo, cum de hoc crimine in ſpecie moneat ICtus, quod extraordinarium ſit, dicendum eſt, reliqua crimina non eſſe extraordinaria.

Idem plane reſpondendum eſt ad *l. fin. ff. ad l. Fabiam.* Nam ſi illius delicti pœna eſt extraordinaria, non tamen protenus idem de cæteris dicendum.

FINIS huius Diſputationis Decimæ.

VOLVMINIS PRIMI

DISPVTATIO VNDECIMA,

DE RESTITVTIONIBVS IN INTEGRVM,

QVESTIO PRIMA.

I. *An reſtitutio in integrum ſit remedium extraordinarium?* 737

II. *An reſtitutio ſit actio?* 738

III. *An reſtitutio in integrum ſit mixti imperij?* 739

IV. *An reſtitutionis cauſæ ad cognitionem arbitri compromiſſarij ſpectent?* 740

V. *Vtrum compromiſſarius arbiter poßit incidēter de cauſa reſtitutionis cognoſcere?* ibidem.

VI. *An cognitio cauſæ reſtitutionis competere poßit iudici delegato?* 741

VII. *Vbinam reſtitutio in integrum peti & agitari debeat?* 742

VIII. *An aduerſus delegati principis ſententiam ſolus princeps reſtituere poſſit?* 743

IX. *An cui ſemel data vel denegata eſt reſtitutio, denuo reſtituatur?* ibid.

X. *An rei minimæ curam habeat prætor?* 745

XI. *An reſtitutio in integrum detur aduerſus patronos & parentes?* 747

XII. *An aduerſus parentes & patronos detur in factum actio?* 749

XIII. *An ſi omne aliud remedium aduerſus parentes atque patronos deficit, competat reſtitutio?* ibid.

XIV. *An reſtitutio p procuratorē fieri poßit?* 750

XV. *An beneficium reſtitutionis ſit reale, an perſonale?* 751

XVI. *An reſtitutio minoris proſit quoque fideiuſſori, ſicut & ipſe liberetur?* ibidem.

VXII. *An beneficium reſtitutionis proſit cōſorti minoris.* 753

XVIII. *An reſtitutio in integrum ſuſpendat executionem.* 755

XIX. *An continuum quadriennium ſit reſtitutioni etiam finiendæ præfixum.* 758

XX. *An continuum quadriennium omnibus reſtitutionibus in integrum ſit præfixum?* ibid.

XXI. *Vnde quadriennium iſtud reſtitutioni præfixum, computari incipiat?* 759

XXII. *An quadriennium currat ignoranti?* ibidem.

XXIII. *An quadriennio elapſo aduerſus eum, qui non contradicit, detur reſtitutio?* ibid.

XXIV. *An ſi læſio ſit minoris temporis quadriennio, nihilominus quadriennium petendæ reſtitutioni concedatur?* 760

XXV. *An metus infamiæ ad reſtitutionem ſit iuſtus?* 763

XXVI. *An in iure definitum ſit, quinam iuſtus*

ſtui ſit metus & in conſtãtem virum cadat? 764
XXVII. An ob quemuis, etiam vanum metum, detur in integrum reſtitutio? 766
XXVIII. An contra actum iuramento confirmatum detur in integrum reſtitutio? 767
XXIX. An contra iuramentum vi vel metu extortum reſtitutio competat? 768.
XXX. An à iuramẽto vi vel metu extorto abſolutio ſit petenda? ibid.
XXXI. An contractus vi aut metu extortus ipſo iure ſit nullus? 769
XXXII. Quomodo metus ſit probandus? 772
XXXIII. An ad actionem quod metus cauſa neceſſaria ſit proteſtatio de metu illato? ibid.
XXXIV. Qualis ſit actio quod metus cauſa? 773
XXXV. An actio aduerſus tertium, qui metũ non fecit, competat? ibid.
XXXVI. An actiones arbitrariæ ſint bonæ fidei, an ſtricti iuris? 775
XXXVII. Reſtitutio rei metu extortæ intra quantum temporis ſpacium fieri debeat, vt à pœna liberet? 777
XXXVIII. An in actione quod metus cauſa duplex ſit ferenda ſententia? 779
XXXIX. An quis ſuum vel ſibi debitum ſine iudice, propria authoritate vindicare poſſit? 781
XL. An qui rem non debitam debitori aufert, ius crediti amittat? 783
XLI. An l. extat. locum habeat in creditore, qui rem ſibi debitam, autoritate incompetẽtis iudicis aufert? 784
XLII. An in eo locum habeat, qui pignoris poſſeſſionem ex præcedente conuentione ſine vi ingreditur? ibid.
XLIII. An actio doli ſit in rem ſcripta? 791
XLIV. An ſi exceptio doli cum actione doli cõcurrat, tum actio per exceptionem excludatur? 793
XLV. An actio doli cum alijs actionibus concurrat? ibid.
XLVI. An actio doli, & actio præſcriptis verbis concurrant? 797
XLVII. An actio quod metus cauſa cum actione doli concurrat? 799
XLVIII. Vnde dolus probetur? 800
XLIX. An dolus præſumatur? 801
L. An rectè dolus diuidatur in verum & præſumptum? ibid.
LI. An detur actio doli filiæ dolo inductæ ad renunciandum iurato ſucceſſioni paternæ? 802
LII. An pupillus ex dolo ſuo non factus locupletior, poſſit doli actione conueniri? 803
LIII. Anne pupillus ex dolo ſui tutoris non factus locupletior teneatur? ibid.
LIV. An actio doli de re minima detur, & quare non? 804
LV. An in actione doli & quod met. cauſ. poſſit in litem iurari? 807
LVI. Quis ætatem minorem probare debeat? 810
LVII. Quomodo ſit probanda ætas? 811
LVIII. An libri parentum in quibus diem natiuitatis annotarunt, plene probent? 813
LVIX. An probet ætatem liber parochi? ibid.
LX. An reſtitutio in integrum minoribus tributa, etiã prodigis competat? 814
LXI. Vtrum Reſpubl. & ciuitas gaudeant beneficio reſtitutionis minorum? ibidem.
LXII. Quomodo fieri debeat reſtitutio? 816
LXIII. An aduerſario minoris incumbat probatio quoad precium & fructus ex re vendita percepti ſint verſi in vtilitatem minoris? 817
LXIV. An ſufficiat aduerſariũ probaſſe quod precium & fructus ad minorem peruenerint? 818.
LXV. An minor pacem à ſe factam violans in pœnam promiſſam incidat? 820
LXVI. An reſtitutio minorum competat aduerſus tertium? 821

Digitized by Google

LXVII. *An minor reſtituatur aduerſus contractum iuratum, aliàs iure validum?* 823
LXVIII. *An minor ſit de beneficio ſuo certiorandus?* 824
LXIX. *An contra contractum iure inualidũ, iuramento autem confirmatum, detur minori reſtitutio?* 826
LXX. *An impuberibus detur contra iuratum contractum reſtitutio?* 829
LXXI. *An contra iuratum cõtractum vi aut dolo extortum detur reſtitutio?* 832
LXXII. *An aduerſus hereditatem aditam detur reſtitutio?* 833
LXXIII. *An contra omiſſionem & repudiationem hereditatis detur reſtitutio in integrum?* 834
LXXIV. *Si minor confecto inuentario adeat hereditatẽ an reſtitui debeat?* 835
LXXV. *Reſtitutus aduerſus hereditatem repudiatam, an rurſus ad eam deferendam reſtituatur?* ibid.
LXXVI. *An minor aduerſus ſolutionem legatorum indebite ſolutorum reſtituatur?* ibid.
LXXVII. *An minor reſtituatur aduerſus ſolutionem autoritate tutoris factam?* 837
LXXVIII. *An reſtituatur ſi iudicis decretũ & conſenſus interuenerit?* ibid.
LXXIX. *An aduerſus praſcriptionem detur reſtitutio?* 839
LXXX. *An minor aduerſus minorem reſtituatur?* 840
LXXXI. *An minor aduerſus delictum ſuum reſtituatur?* 842
LXXXII. *An minor ob veram contumaciam reſtituatur?* 844
LXXXIII. *An minor vere contumax reſtitutus teneatur in expenſas?* 845
LXXXIV. *An pœna minori propter ætatem ſit neceſſario mitiganda?* 846
LXXXV. *An contra confeſſionem ſuam minor reſtituatur?* 849
LXXXVI. *An minor id, quod prius cum ipſo geſtum erat, ratum habens reſtituatur in integrum?* 851
LXXXVII. *An aduerſus veniæ impetrationem reſtituatur minor?* 852
LXXXVIII. *An reſtituatur minor qui dolo malo ſe maiorẽ eſſe dixerit, præſertim ſi etiam iurauerit ſe eſſe maiorem?* 853
LXXXIX. *Quid iuris ſi vterque in dolo fuerit?* ibid.
XC. *An in ſpiritualibus reſtitutio competat?* ibidem.
XCI. *An contra ſententiam reſtituatur minor?* 856
XCII. *An minor reſtituatur contra ſententiam in curatorem latam?* 857
XCIII. *An reſtituetur aduerſus partem ſententiæ?* ibid.
XCIV. *An ſi tempore latæ ſententiæ maior ſit qui minor iudicium cœpit habeat reſtitutionem?* 858
XCV. *An ſi minor conſenſum geminarit, reſtitutio detur?* 861
XCVI. *Vtrum minima capitis diminutio extinguat tutelas?* 862.
XCVII. *An emancipatio ſit adhuc hodie capitis minutio?* 863
XCVIII. *An ignorantia ſit iuſta cauſa reſtitutionis?* 865
XCIX. *An paupertas ſit iuſta cauſa reſtitutionis?* 867

DISPV-

Digitized by Google

DISPVTATIO VNDECIMA,

DE RESTITVTIONIBVS IN INTEGRVM,

THESIS PRIMA.

Lit. A. Qu. 1. An reſtitutio in integrum ſit remedium extraordinarium?

RESTITVTIONEM in integrum eſſe remedium extraordinarium claris atq; perſpicuis verbis teſtatur Vlpianus in *l. In cauſa 16. princ. de minorib.* dum in hæc verba ſcribit: *In cauſa cognitione etiam hoc verſabitur, num forte alia actio poſſit competere citra in integrum reſtitutionem: nam ſi communi auxilio & mero iure munitus ſit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*

Idemque haut obſcure colligitur ex reſcripto Alexandri Imperatoris in *l. 1. C. de in integr. reſtit. maior.* vbi negat Imperator, reſtitutionem in integrum, quæ aliâs minoribus, ætate lapſis, tribuitur, competere, ſi nec palam, nec tacite querelæ inofficioſi teſtamenti renunciatum ſit.

His adſtipulantur Imperator. Valerianus & Gallienus in *l. 3. C. ſi aduerſus libertatem.* quo in loco reſtitutionem in integrum per ordinarium remedium excludi aperte reſcribunt.

Atque huius generis teſtimonia, in iure legentibus, infinita occurrunt: quibus & ratio iuris perſpicua ſuffragari videtur, quod nempe contra ius cōpetat, eo quod iure communi damnatum ex iuſta cauſa liberat, eaque reſcindit, quæ iure cōmuni valuerunt & ſubſtiterunt *dict. leg. 3. C. ſi aduerſ. libert. l. 2. & 4. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſaria.*

Nec obſtat quod contra hanc communem Doctoris ſententiam Vdalricus Zaſius *lib. 1. ſing. reſponſ. cap. 20. num. 7. & 8.* diſputans, obiicit, quod cum ius commune ſit ars ęqui & boni, & in integrum reſtitutiones ex æquitate dentur *l. Diuus. ff. de in integr. reſtit. l. 1. ff. de minor.* imo ſint iuſtiſſimæ *l. 1. ff. ex quib. cauſ. minor.* ideo intollerabilis ſit abſurditas dicere, in integrum reſtitutionis remedia eſſe iuri cōmuni contraria.

Hoc, inquam, non obſtat; nam attendēdum eſt, vt recte etiam Ant. Faber monet in *Rational. ad l. 1. & 2. ff. de in integr. reſt.* Reſtitutiones in integrū omnes eſſe cōtra ius ſummum & ſtrictū, ſed non cōtra ius ſimpliciter: ius quidem noſtrum ex æquitate potiſſimum æſtimatur *l. 8. C. de iud.* &, vt dictum eſt, ius noſtrum eſt ars æqui & boni *l. 1. §. 1. ff. de iuſt. & iure,* quod licet ab æquitate ſeparari nulla ratione queat, adeoque in theſi ſemper ſit æquū; in hypotheſi tamen iniquum quādoque euadit, prout alibi prolixius docui: verbi cauſa æquum eſt pacta ſeruari *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſtit. pecunia,* etiam ea, in quibus aliquis iudicij imbecillitate lapſus, læſus eſt; verum aduerſus minorem 25. annis

talia ſeruari pacta æquum non eſt *l. 1. ff. de minor.* proinde quod ius huiuſmodi ſuſtinet pacta, illud durum eſt, iniquum, rigidum & ſummum: contra hoc igitur ſummum & durum ius reſtitutio in integrũ conceditur.

Quanquam non ignorem Vdalrici Zaſij opinionem cum cõmuni ſentẽtia Dd. ita cõciliari à quibuſdam, ꝙ reſtitutiones in integrũ ſint iuri cõmuni cõtrarię, quatenus geſta, quæ eo iure ſubſiſtũt, reſcindunt & infirmãt, ex iure autem communi ſint inductæ, quia prætoris edictis inuentæ ſunt, quæ iuris communis partem faciunt: atque ita poſt alios Oswaldus Hilliger *lib. 21. c. 4. Donell. enucleati.*

Hac itaque Zaſij obiectione reſoluta, relinquitur, reſtitutiones in integrum iuri cõmuni recte dici contrarias & conſequenter eſſe remedia iuris extraordinaria, quæ aliter non competant, quam ſi ordinaria deficiant.

Lit. B. Definitio reſtitutionis in integrũ. Hæc porro in integrum reſtitutio, quã oſtendimus extraordinarium eſſe remedium, recte definitur quod ſit redintegrandæ rei vel cauſæ actio; ſic enim totidem verbis eam definit ICtus Paulus *1. recept. ſentent. 7.*

Recte dicitur *redintegrandæ rei vel cauſæ*, quia hic effectus eſt in integrum reſtitutionis, vt rem nobis certã vel ius, vel quãlibet aliam cauſam redintegret, atque in integrum & priſtinum ſtatum per omnia reponat, prout haut obſcure colligitur ex legibus ab Autore citatis *l. 3. & 5. ff. de reſtit. in integr. l. 24. §. 4. ff. de minor. l. 178. ff. de Reg. Iur.* & nomen ipſum ſatis indicat.

Qu. 2. An reſtitutio ſit actio? Cæterum vtrum reſtitutio in integrũ proprie loquẽdo ſit actio controuerſum eſt? Actionem eſſe ſtatuit Cuiac. *lib. 1. recept. ſentent. Pauli. c. 7.* vbi ait; integri reſtitutionem eſſe actionem reſtitutoriam ſiue reſciſſoriã, eiuſq; ſententię fundamẽtũ cõſtituit in eo, ꝙ & cognitio prætoria actionis verbo veniat *l. 57. ff. de oblig. & act.*

Quam opinionem præterea cõfirmare videtur textus in *c. 7. recept. ſentent. Pauli lib. 1.* vbi integri reſtitutio aperte per actionem definitur, atqui verba in definitione proprie ſunt accipienda.

Accedit præterea textus in *pr. l. 16. ff. de minorib.* vbi ICtus Vlpian. *In cauſæ, inquit, cognitione etiã hoc verſabitur, num forte ALIA actio poßit competere*: quæ verba cum ſint relatiua atque in integrum reſtitutionẽ, minoribus competentem, reſpiciant, ſequitur inde, quod & ipſa ſit actio.

Idemq; de reſtitutione, ex capite de dolo malo cõpetente, perſpicue aſſeritur in *l. 1. §. 1. ff. de dolo malo*, vbi prætor: *Quæ dolo malo*, ait, *facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio nõ erit, & iuſta cauſa eſſe videbitur, iudicium dabo.*

Verum n. vero magis arridet opinio Donelli & aliorum, reſtitutionẽ in integrum non per modum & viam actionis, ſed per implorationẽ officij iudicis ꝓponi ſtatuentiũ; adeoq; propriæ actionẽ nõ eſſe, in eo ſcilicet ſignificatu, quo actio ius dicitur perſequendi in iudicio ꝙ ſibi debetur. Quæ ſententia Autori etiã noſtro arridet & hoc potiſſimũ fundamento nititur, ꝙ actio in iudicio exerceatur coram iudice pedaneo, nõ in iura corã magiſtratu *§. 1. Inſt. de act. l. 51. ff. de oblig. & act.* Reſtitutio autem in integrum nõ exercetur in iudicio, ſed in iure: id quod exinde colligitur, quod prætor in edicto de in integrũ reſtitutionibus non polliceatur ſe iudicium vel iudicem daturũ, ſed ſe animaduerſurum *l. 1. §. 1. ff. de minor.* ſe ſubuenturum *l. 1. ff. de reſtitut.* Hinc itaque ſequitur reſtitutionẽ in integrum proprie actionem dici non poſſe.

2. Accedit quod actio, proprie accepta, ſit factum ipſius actoris & ius ſuum perſequentis: reſtitutio verò in integrũ ſit factum magiſtrat⁹ & prætoris: prætor enim reſtituit in integrum; id quod clare ſignificat *l. 3. ff. de in integr. reſtit.* vbi omnes in integrum reſtitutiones à prætore promittuntur. Et in *l. 5. eod. tit.* ait Paulus: *Ne-*

mo

mo videtur excluſus eſſe, quem prætor in integrum reponere pollicetur.

SOLVTIO CONTRARIORVM.

HVic ſententiæ nihil detrahunt, quę in contrarium adducta fuerunt.

Quod enim primo ex ſententiis Pauli adducitur, ad id duplex eſt reſpōſio: nam primæ ſentētię Pauli nō ſunt authenticę, nec iuris autoritatem obtinent, vti notiſſimum eſt & alibi prolixius demonſtraui. Secundæ, Recte Æguinarius Baro, quem Autor noſter ſequitur, reſpondet in vocula actionis æquiuocationem latere atque in loco Pauli adducto non, vt alibi, ius perſequendi in iudicio ſignificare, ſed factum prætoris, ſeu legis actionem denotare. Quam explicationem confirmāt modo adducta, quibus oſtēſum fuit, prętorem in integrum reſtituere; cui ſane conſequens eſt reſtitutionem in integrū, ſi actio eſt, talem eſſe actionem, quæ non ab alio, quam prætore, exerceatur.

Sic etiam non refragatur, quod Cuiacius ſtatuit, reſtitutionem in integrū eſſe actionem reſtitutoriam, ſeu reſciſſoriā: hoc enim apud Autorē noſtrum eſt petere principium: & quod reſtitutio & reſciſſoria actio differant vt antecedens & conſequens, vel hinc colligere promptū eſt, quod reſtitutio in integrum reſcindat id quod geſtum eſt, ſic tamen vt eo reſciſſo actio porro detur de re reſtituēda: hoc autem ita ſeſe habere luculenter teſtatur Iuſtinianus noſter in *§. 5. Inſt. de act.* vbi ait; *Si eius, qui Reip. cauſa obfuit, res vſucapta fuerit, poſſe intra annum, reſciſſa vſucapione rem peti*: Datur itaque actio reſciſſoria non ad reſcindendam vſucapionem atque ad id, quod geſtum eſt, infirmandum, ſed ad rem, reſciſſa iam vſucapione reſtituendam. Et in *l. In honorarijs. 35. ff. de oblig. & act.* dicitur reſciſſa vſucapione reddi. Quod ſi igitur reſciſſa vſucapione datur, palam eſt eam non dari ad reſcindendam vſucapionem, ac conſequenter diuerſam eſſe ab in integrum reſtitutione. Sed de differentia reſcindentis & reſciſſorij remedij alibi pluribus diſſerui, quæ huc referri poſſunt.

Illud non impedit, quod Cuiacius ait actionis verbo contineri etiam cognitionem prętoriam qua ſubuenitur minoribus: nam hoc cōcedo ſi verbum actionis large & improprie ſumitur, vti in *d. l. 87. ff. de oblig. & act.* nō ſi proprie, pro iure perſequendi in iudicio quod nobis debetur.

Inſuper non aduerſatur, quę tertio loco adducebatur, *l. 36. pr. ff. de minor.* nam, præterquam, quod verbū actionis quandoque ita large accipiatur, vt ea quoq; ſub ſe complectatur, quæ actiones proprie non ſunt *d. l. 57. ff. de oblig. & act.* inconſtās etiam eſt illius l. lectio: nam in quibuſdā exemplaribus legitur, num forte aliqua actio: vt proinde ex textu incerto, & ambiguo nil certi colligi & concludi queat.

Poſtremo nō refragatur nobis quod ex *l. 1. §. 1. ff. de dolo malo*, adducitur: nam de eo quod dolo malo geſtum eſt, reſcindendo duplex cōpetit remediū: reſtitutio ſcilic. in integrū & actio doli, *l. 1. ff de in integ. reſt. iunct. l. 1. §. 1. ff. de dolo malo*; Hæc proprie actio eſt: illa improprie & abuſiue.

Cum igitur, vt hactenus oſtenſum eſt, reſtitutio in integrum ſit prætoris, & nō niſi à magiſtratu expediatur, quæri porro ſolet, vtrum iuriſdictionis ſit ſimplicis, an vero mixti imperij? & quod mixti imperij ſit, aſſerit Autor noſter, quam ſententiam & ego veriſſimam iudico.

Lit. C. Qu. 3. *An reſtitutio in integrum ſit mixti imperij?*

1. Nam primo eam validiſſime cōfirmare videtur. *l. 26. ff. ad municip.* in qua Paulus ICtus ea, quæ magis imperij, quā iuriſdictionis ſunt, municipali magiſtratui denegans, illis aperte in integrum reſtitutionem accenſet: verba ICti hæc ſunt: *Ea quæ magis imperij ſunt, quam iuriſdictionis magiſtratus municipalis facere non poteſt: Magiſtratibus municipalibus non permittitur in integrum reſtituere, aut bona rei ſeruandæ cauſa iuberi*

poßidere, &c. vnde manifeſtiſſime liquet, quod reſtitutio in integrum non modo ſit imperij mixti, ſed ita etiã Imperij mixti, vt in ea imperium emineat.

2. Adde ad vlteriorem huius confirmationem & iſtam rationem, quod quęcunque denegantur magiſtratui municipali, ea non ſint iuriſdictionis ſimplicis, ſed imperij mixti: quandoquidem municipalis magiſtratus iuriſdictionem habet ſimplicem *arg. l. vnic. ff. ſi quis ius dicenti non obtemp.* illis ſolum deſtituitur in quibus eminet imperium *d. l. 26. ff. ad municipal.* Atqui reſtitutio in integrum denegatur magiſtratui municipali, vt ex modo adducta *l. 26. ff ad municip.* liquet, igitur non eſt ſimplicis iuriſdictionis ſed imperij mixti, & quidem illius, in quo imperium eminet..

Cæterum, his non attentis, ſunt qui ſtatuant, & quidem ſeriò contendant, in integrum reſtitutionem non eſſe imperij mixti, ſed ſimplicis dũtaxat iuriſdictionis. Quam ſuam ſententiam hac ratione potiſſimũ confirmãt, quod omne imperium conſiſtat in coercendo *arg. l. fin. ff. de offic. eius cui mand.* reſtitutio autem in integrum in coercendo non conſiſtat, ſed in cognoſcendo *l. 3 ff. de in integr. reſtit.*

Veruntamen non eſt, ꝙ quis hoc argumento à priori ſentẽtia dimoueatur: ſciẽdum enim eſt nõ omne imperiũ in coercendo cõſiſtere: ſed duplex eſſe imperiũ mixtum. Vnum ꝙ iuriſdictioni cohæret *l. 1. in fine ff. de offic. eius cui iuriſd.* Alterũ cui ineſt iuriſdictio *l. 3 ff. de iuriſd.* Illud in ſola coercitione poſitum eſt, atq; ad eos, qui ius dicenti parere nolunt coercẽdos ſpectat: hoc vero per ſe & vt principale conſideratur, nec iuriſdictionis deferendæ cauſa comparatum eſt: atque ad hoc poſterius, non vero ad illud prius in integrum reſtitutionem referendam puto.

Non etiã obſtat *l. fin. C. vbi & apud quem.* in qua Iuſtin. cõcedere videtur in integrũ reſtitutionẽ iudicib. pedaneis: at hos fuiſſe ſine imperio, expeditum eſt.

Reſp. Nam hinc ſequeretur ꝙ nec iuriſdictionis ſit in integrũ reſtitutio, cum iuriſdictionem pedanei iudices nõ habeãt, vt demonſtratum eſt ſub *theſi 2. diſp. 3.*

Quocirca adducta *l. fin.* intelligi debet non de iudice pedaneo, ſed de eo, cui mãdata eſt iuriſdictio, vt probant *verſ. Sed ne quis. & verſ. ſed hos tantum.*

Nec ſuperuacua eſt hęc cõſtitutio, quoniã illis tantum, qui p tribunali ſedebãt, nõ etiã his quibus mãdata eſt iuriſdictio, in integrum reſtitutio, anteriori iure cõpetebat, quod hęc conſtitutio emẽdauit.

Qu. 4. *An reſtitutionis cauſa ad cognitionem arbitri cõpromiſſarij ſpectent?*

Hinc quia reſtitutio in integrum imperij mixti eſt, recte infertur ac concluditur, quod de cauſa reſtitutionis in integrum compromitti in arbitrum nõ poſſit: ſiquidem compromiſſo nulla tribuitur iuriſdictio, nullum imperium.

Idque apertiſſime cautum eſt in *l. fin. C. vbi & apud quem.* Cũ enim ibi Iuſtinianus ſanciuiſſet cauſæ in integrum reſtitutionis cognitionem non ſolum apud iudices maiores & pro tribunali ſedentes, ſed & apud delegatos principis proponi, ſubnecit hæc verba Imperator: *Sed ne quis ita effuſe intellectum noſtræ conſtitutionis audeat eſſe trahendum, vt etiam apud cõpromiſſarios iudices vel arbitros ex cõmuni ſententia electos vel apud eos qui dantur à iudicibus qui propriã iuriſdictionem non habent. ſed tãtummodo iudicandi facultatem putet huiuſmodi extendi ſanctionem. Hos tantum generaliter volumus tales cauſas dirimere, qui vel certæ adminiſtrationi cui & iuriſdictio adhæret, præpoſiti ſunt, vel ab eo fuerint dati, &c.* his verbis ſatis aperte cauetur compromiſſarios iudices ius reſtituendi in integrum non habere; ſed ad eos duntaxat ſpectare, qui iuriſdictionem habent & imperium.

Qu. 5. *Vtrum cõpromiſſarius arbiter poßit incidẽter de cauſa reſtitutionis cognoſcere?*

Sed vtrum arbiter cõpromiſſarius incidenter ſaltem de cauſa reſtitutionis in integrum cognoſcere & pronunciare valeat, plus dubitationis habet? Et quidem de iure ciuili dicendum videtur, ne quidem incidẽter de in integrũ reſtitutionis

cauſis

Digitized by Google

cauſis cognitionem compromiſſario competere: ſic enim Imperator Iuſtinianus cum in *d.l.fin.* hac de re cognitionem & diſceptationem arbitris compromiſſarijs ademiſſet, ſubijcit: *Sed ne quid penitus dubitandum relinquatur: & hoc addendum eſſe cenſemus, vt his tantum, quos ſupra enumerauimus, liceat de in integrum reſtitutione diſceptare, ſiue hoc ſpecialiter eis fuerit mandatum vel ſi generaliter dati fuerint iudices, vel in alijs ſpeciebus inciderit quædam quæſtio reſtitutionis*: hinc quia Imperator tantum ſupra enumeratis de incidenti in integrum reſtitutionis cauſa cognoſcere & diſceptare permittit, firmiſſime infertur cæteris non enumeratis, inter quos etiam ſunt arbitri compromiſſarij, ne quidem de incidenti cauſa reſtitutionis cognoſcere poſſe.

Et ratio huic ſententiæ adſtipulatur manifeſta, quod arbiter compromiſſarius, vt dictum eſt, nullam penitus habeat iuriſdictionem nec Imperium, cum conſenſus priuatorum iuriſdictionem dare non poſſit.

Reſtitutio vero in integrum eſt Imperij & iuriſdictionis: ſic tamen, prout & ſupra dictum eſt, vt magis ſit Imperij quam iuriſdictionis, *d. l. 6. ff. ad municip.* non itaque dicendum videtur, quod in integrum reſtitutio vel incidenter ad compromiſſarij iudicis cognitionem pertineat.

Sed contrarium iure Canonico receptum eſt: nam in *cap. 9. de reſtit. in integr.* hac de re ita cauetur: *Cauſa reſtitutionis in integrum coram iudicibus ordinarijs, adminiſtrationem habentibus, vel de legatis ab ijs tractari poterit & finiri, ſiue hoc ipſis delegatis ſpecialiter demandatum fuerit, ſiue in commiſſo eis negocio contingat incidere huiuſmodi quæſtionem. Delegati vero ab ordinarijs, qui adminiſtrationem non habent, ſed tantummodo facultatem iudicandi, ſeu arbitri, de hac cauſa cognoſcere nequeunt, niſi coram eis mota fuerit incidenter.*

Cæterum in hac iuris Canonici ac Cæſarei diſſenſione huic potius aſſentiendum reor, vt quod ratione, quam modo adduximus, manifeſtiſſima nitatur.

Etſi autem cauſæ in integrum reſtitutionis ad cognitionem compromiſſarij arbitri non ſpectent vt hactenus demonſtratum: ad iudicem tamen delegatum quin pertinere poſſint, dubitare vix licet.

Queſ. 6. *An cognitio cauſæ reſtitutionis compe tere poßit iudici delegato?*

1. Quæ enim Imperij ſunt, ac iure magiſtratus competunt, mandari poſſunt & mandata iuriſdictione tranſeunt: atqui in integrum reſtitutionem eſſe Imperij mixti, ſupra oſtenſum fuit, delegari itaque poterit.

2. Confirmat præterea hoc textus apertiſſimus in iure Canonico, qui extat in *capit. 9. de reſtit. in integr.* antea quoque citato. Vbi pontifex Gregorius eius nominis Nonus aperte conſtituit, vt cauſa reſtitutionis in integrum coram iudicibus ordinarijs adminiſtrationem habentibus vel delegatis ab eis tractari & finiri poſſit, ſiue hoc ipſis delegatis ſpecialiter demandatum fuerit ſiue in commiſſo eis negocio inciderit.

3. Idemque haut obſcure Iuſtiniani conſtitutio comprobat in *d.l.fin.C.vbi & apud quem*, vbi Imperator cauſas in integrum reſtitutionis ab ijs dirimi iubet, qui vel certæ adminiſtrationi cui & iuriſdictio cohæret præpoſiti ſunt vel ab his fuerint dati. Vbi per datos non pedaneos iudices, qui cognitionem ſaltem, & non etiam iuriſdictionem obtinent, ſed eos, quibus demandata eſt iuriſdictio intelligi recte monet Duarenus.

Et ſane cur in integrum reſtitutio delegari nequeat, cum cætera omnia quæ imperij ſunt mixti, iureque magiſtratus competunt mandari queant, *l. 1. ff. de offic. eius.* Ratio penitus nulla dari poteſt. Et cum à regula iſta nuſpiam excepta

Digitized by Google

reperiatur in integrum reſtitutio ſub ea contineri intelligitur.

Nec eſt, quod quis hac ratione moneatur, quod reſtitutionem in integrum ſibi vindicet prætor *l.3.& 5. ff. de in integr. reſtit.* Reſpond. Nam hûc repetenda vulgaris iſta regula; quod quis per alium facit, ipſemet feciſſe intelligitur: maxime cum mandatarius aliena ipſiuſque mandantis iuriſdictione vti cenſeatur; nec pro ſuo imperio, ſed pro eius, agere intelligatur cuius mandatu ius dicit *l. 1. §.1. & l.3. ff. de offic. eius.*

Sic etiam neminem torquere debet, quod Imperium mixtum per ſe mandari nequeat: quod enim Imperium mixtum, & mandatâ iuriſdictione tranſeat, & per ſe ac principaliter mandari queat, ex *d.l. 1. ff. de offic. eius* late demonſtraui in tractatu de Iuriſdiction. politic. *part. 3. q.1.*

Lit.D. Queſ.7. *Vbi nam reſtitutio in integrũ peti & agitari debeat?*

Reſtitutio in integrum quonam in loco peti debeat, non conuenit inter interpp. & quidem de hac quæſtione tres extant diuerſæ ac diſtinctæ opiniones Interpp.

Nam primo ſunt, qui eam in loco domicilij, ſeu in foro rei vbi ſcilicet is domicilium habet, agitari contendant, ſi ſcilicet priſtina actio extincta ſit perſonalis: In loco autem rei ſitæ ſi in rem agatur. Cui ſententiæ patrocinatur Duarenus *de reſtitution. in integr. capit. 3.*

Atque huius opinionis fundamentum collocant in eo, quod actio in rem inſtitui debeat in loco rei ſitæ *l. fin. C. vbi in rem act.* quo in loco Impp. *Sed & in locis*, inquiunt, *in quibus res propter quas contenditur conſtituta ſunt, iubemus in rem actionem aduerſus poſſidentem moueri.* Actio autem in perſonam inſtituenda in foro rei, vbi is domicilium habet per *l. 2. C. vbi & apud quem*, vbi Impp. Dioclet. & Maximin. in hæc verba reſcribunt: *Quoniam ea, quæ in tranſactione dari placuerat te tradidiſſe proponis: conſequens eſt ſi de his repetendis per in integrum reſtitutionem vel quamcunque aliam cauſam putaueris agendum, eius adire te prouinciæ præſidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Ex his inquam, fundamentis euincere conantur, quod ſi priſtina actio, quæ extincta fuit, perſonalis fuerit, tum reſtitutio in integrum petatur in loco domicilij ipſius rei; ſin vero realis tum in loco rei ſitæ.

Sed hanc opinionem, etſi Autor noſter approbet, mihi tamen plane non arridet: primo enim confunditur reſcindens remedium cum reſciſſorio, reſtitutio, inquam, in integrum cum actione reſtitutoria ſeu reſciſſoria, quæ datur poſtquam reſtitutione in integrum res in priſtinum ſtatum reſtituta & id quod geſtũ erat, reſciſſum eſt. Hanc eodem in loco agitari, in quo prior actio exercenda erat facilime largior, quoniam actu per in integrum reſtitutionem reſciſſo, in priſtinum ſtatum omnia reponuntur & prior actio reſtituitur: at ipſam reſtitutionem in integrum, de qua Autori noſtro & nobis quæſtio eſt, in illo loco peti agitari in quo prior actio petenda fuit nego & pernego, per ea, quæ hanc in rem mox adducentur.

Accedit huic, quod actio in rem non modo in loco rei ſitæ; ſed & in loco domicilij poſſeſſoris agitari & exerceri debeat, vt luculenter oſtendit adducta *l. fin. C. vbi in rem act.* & nos alibi latius dicemus.

Secunda opinio eſt illorum, qui putant eo tantum in loco agendum eſſe vbi res ſita eſt: pro qua opinione ſtabilienda allegãt *l. in cauſæ 13. §. vlt. ff. de minor.* ex quo colligitur, quod reſtitutio in integrũ ſit actio in rem ſcripta: actionem vero in rem non alibi, quã in loco rei ſitæ exerceri opinantur *arg. d.l. fin. C. vbi in rem act.*

Sed

Digitized by Google

Sed nec hæc ſententia admitti poteſt. 1. Quia reſtitutio, proprie loquendo, non eſt actio, vt ſupra oſtendimus: igitur nec actio in rem: à quo enim remouetur genus, ab eodem quoque remouentur, ſingulæ atque vniuerſæ eius generis ſpecies: quocirca male ſic infertur: actio in rem inſtituitur in loco rei ſitæ: ergo & reſtitutio in integrum: nec ad rem quicquam facit *dict. l.13.* vt quæ non de reſtitutione, ſed de reſtitutoria actione loquatur. 2. Præterea non ſequitur reſtitutio in integrum eſt actio in rem ſcripta; igitur eſt actio in rem. Nam actio quod metus cauſa eſt in rem ſcripta *l.9.§.8.ff.quod met.cauſ.* & tamen in perſonam eſt *§. præterea Inſtit.de act.*

Quocirca, his duabus opinionibus reiectis, tertiam apprehendendam & retinendam puto; quod nempe in integrum reſtitutio tantum in loco domicilij peti debeat. Pro qua facit textus apertus in *l. 2. C. vbi & apud quem.* Ibi ſic Dioclet. & Maximin. Impp. reſcribunt: *Quoniam ea, quæ tranſactione dari placuerat te tradidiſſe proponis: conſequens eſt ſi de his repetendis per in integrum reſtitutionem vel quamcunque aliam cauſam, putaueris agendum, eius te adire prouinciæ præſidem in qua domicilium habent quos conuenias.* Ecce hic non diſtinguitur vtrum prius in rem actio competierit an in perſonam, ſed indiſtincte pronunciatur reſtitutionem in integrum in loco domicilij eius aduerſus quem poſtulatur, exerceri.

Queſ. 8. *An aduerſus delegati principis ſententiã ſolus princeps reſtituere poſſit?*

Non ſolum quiſque magiſtratus aduerſus ſuam ſententiam, ſed & aduerſus ſententiam alterius reſtituere poteſt *l. 16. in fine. & l.17. ff.de minor.* præterquam quod magiſtratus minor aduerſus ſententiam maiorum reſtituere non poteſt: aſſerente Vlpianus in *l.18.de minor.* Cuius ratio hæc eſt, quod inferior in ſuperiorem non habeat iuriſdictionem nec imperium; at ſine iuriſdictione & imperio fieri non poteſt, vt quis ſententiam per alium latam reſcindat.

Excipitur ſolus principis delegatus aduerſus cuius ſententiam nemo, niſi ſolus princeps reſtituere poteſt: ita enim de eo Vlpianus in *dict. l. 18. §. pen. ff. de minor.* Sed etſi ab Imperatore iudex datus cognoſcat, reſtitutio ab alio niſi à principe, qui iudicem deſtinauit non fiet: cuius ratio perſpicua eſt, quod nempe delegatus principis ſuperiorem, principe excepto, habeat neminem, vt qui ipſius principis iuriſdictionem exercere intelligatur: proinde cum minor non poſſit aduerſus maioris ſententiam reſtituere; ſed maior ſolum aduerſus ſententiam minoris *d. l. 18. prin.* conſequens eſt, aduerſus ſententiam delegati principis, qui ſolum principem ſuperiorem recognoſcit, aliũ, præter principem, reſtituere non poſſe.

Quæſtio admodum anceps ac difficilis eſt, vtrum reſtitutio in integrum ſemel data vel negata iterum ſit concedenda? *Lit. E.*

Queſ. 9. *An cui ſemel data vel denegata eſt reſtitutio denuo reſtituatur.*

Et placet Autori noſtro concedendam denuo non eſſe, niſi nouis emergentibus defenſionibus. Cuius ſententiæ fundamentum luculentiſſimum extat in *tot. titul. Cod. ſi ſæp. reſtit. poſt.* Ita enim in *l. 1. eius tit.* Seuerus & Antoninus reſcribunt: *Si poſt ſententiam proconſulis, contra vos latam, deſideraſtis in integrum reſtitui, nec obtinuiſtis, fruſtra rurſus vt ea quæſtio in integrum reſtitutionis agitetur, deſideratis.*

Et in *l. 2. eod.* Alexander Imperator: *Quanquam,* ait, *curatores pupillæ victi ſunt cum in integrum reſtitui pupillam deſiderabant: cum tamen nouis defenſionibus cauſam inſtrui poſſe dicas: adeant curatores vxoris tuæ iudicem & petant, vt cauſas in integrum reſtitutionis agant.*

Hic

Digitized by Google

Hic eo duntaxat caſu, quo nouæ emergebant defenſiones, Imperator reiterari conceſſit in integrum reſtitutionem.

Idemque apertiſſime ſcribit Philippus Imp. in *l.fin.eod. In vna* inquiens, *eademq; cauſa iteratum in integrum reſtitutionis auxilium non iure, niſi noua defenſiones prætendantur, poſci, ſæpe reſcriptum eſt.*

His accedit quoque teſtimonium Pauli, qui *lib. 1. ſentent. cap. 7.* aperte ſcribit, *integri reſtitutionem plus quam ſemel concedendam non eſſe.*

Sed huic grauiter aduerſari videtur *l. 7. §. 9. ff. de minor.* in qua Vlpianus *Reſtitutus*, inquit, *cum ſe hereditati miſceat vel eam adeat, quam repudiauit, rurſus reſtitui poterit, vt ſe abſtineat & hoc reſcriptum & reſponſum eſt.*

Idque confirmat idem Vlpianus in *l. 2. ff. ad SC. Tertyll.* dum in §. 10. in hæc verba ſcribit: *Si bonorum poſſeſſione accepta, filius emancipatus abſtinuerit ſe hereditate per in integrum reſtitutionem; verum eſt SC. poſſe locum habere, ſed ſi fuerit rurſus immixtus, rurſus debet mater abſtinere.*

Quæ ſententia priori è diametro videtur eſſe contraria: & dici vix poteſt, quantopere hæc difficultas atque apparens antinomia ingenia ICtorum torſerit.

Equidem Fr. Duarenus ad *titu. ſi ſæp. reſtit.* diſtinguendum putat, vtrum alicui data fuerit ab initio, an denegata in integrum reſtitutio; ſic vt ſi alicui ſemel cauſa cognita reſtitutio fuerit denegata, amplius audiri non debeat reſtitui cupiens.

Atque de hoc loquatur totus titulus *Cod. ſi ſæpius in integr. reſt. poſt.* Sin vero aliquis ſemel petierit reſtitutionem, eamque obtinuerit, ſed eius poſtea eum pœnitens, petierit contra priorem reſtitutionem reſtitui, audiendus ſit: idque velit *d. l. 7. §. 9. ff. de minor.* Quam conciliationem etiam Iacobo Cuiacio arridere video, verum Authori noſtro ex parte contrariatur, qui ſemel datam reſtitutionem denuo dari negat, niſi emergentibus nouis defenſionibus.

Et quominus hæc diſtinctio admittatur impedire videtur *l. fin. d. tit. ſi ſæp. reſt. poſt.* vbi, vt dictum eſt, Imperator Philippus expreſſe prohibet in integrum reſtitutionis auxilium iterari: proinde nec vult reſtitutionem ſemel datam denuo dari.

Mihi proinde admodum placeat reſponſio Antonij Fabri: non intelligi, ſæpius peti reſtitutionem in vna eademque cauſa, cum petitur ad adeundam primam & rurſus ad repudiandam eandem hereditatem: aut ad repudiandam eam primum, deinde ad eandem adeundam: cum alia ſit cauſa adeundæ, alia repudiandæ hæreditatis: tametſi eiuſdem poteſtatis ſit, hæreditatem adire & repudiare *l. 18. de acq. hered.* Quocirca cum in caſu *d. l. 7. §. 9.* non vna, nec eadem, ſed duæ & quidem diuerſæ occurrant læſionis cauſę abſurdum non eſt ex duplici cauſa duplicem concedi reſtitutionem: at nos de eo loquimur caſu, quo ex vna eademq; cauſa bis petitur reſtitutio.

Sed huic reſponſioni rurſus aperte reclamare, videtur *l. fin. §. 6. C. de bonis quæ lib.* in qua Imperator noſter ita ſcribit: *non autem filio damus licentiam, ſi in integrum reſtitutionem petat, reſpuendam credens eſſe hereditatem, adhuc minoribus curriculis inſtantibus, iterum per aliam reſtitutionem adire hereditatem: ne ludibrio leges ei fiant ſæpius eandem & amplecti & reſpuere hereditatem cupienti.*

Hæc verba modo adducta adeo contraria videntur *d. l. 7. §. 9.* vt etiam Cuiacius apertam & irreconciliabilem antinomiam inter vtrumque textum admittat.

Veruntamen non improbabilis eſt conciliatio Antonij Fabri & Iulij Pacij, qui

Digitized by Google

qui reſpondent, in *d.l.fin.§.6.* primam reſtitutionem impetratam fuiſſe aduerſus factum patris, qui pro filio adierat hereditatem: quapropter cum filius ſemel factum & iudicium patris ſit aſpernatus, æquiſſimum eſſe, filium eo in perpetuum priuari, nec illud per in integrum reſtitutionem recuperare poſſe, vt qua ſeſe reddiderit indignum, & hanc ipſius quoque Imperatoris eſſe ſententiam planiſſime liquet ex iis, quæ mox ſubijcit: *Si enim*, inquit, *quod pater fecit, filius ratum non habuit, & propter hoc reſtitutus eſt: quomodo ferendus videatur iterum iudicium amplectens, quod poſt patris voluntatem contraria affectione aſpernendum eſſe exiſtimauit.*

THESIS SECVNDA.

Lit.A. PEtenda porro eſt reſtitutio in integrum, partibus præſentibus, & cauſa propter quam petitur plene probata & cognita: omnes enim in integrum reſtitutiones cauſa cognita à prætore promittuntur, ſcilicet vt iuſtitiam earum cauſarum examinet, an veræ ſint, quarum nomine ſingulis ſubuenit, ait Modeſtinus in *l.3. ff. de reſtit. in integr.* Et ratio huius obſcura non eſt: cum enim omnis in integrum reſtitutio pertineat ad reſcindendum & infirmandum, id quod iure ciuili ſubſiſtit, non fuit temere concedenda, ſed tum demum admittenda ſi iuſta ſubſit cauſa, quę actum vtiliter geſtum reſcindi ſuadeat. De hac autem cauſa vt certo conſtaret, prætor cognoſcere debuit, & quidem partibus præſentibus quarum de præiudicio ageretur.

Accedit, quod & aliàs ſatis ſit graue ius alicui rite ac legitime quæſitum auferri *l. quod noſtrum eſt. 11. ff. de regul. iur.* id quod per integrum reſtitutiones fieri palam eſt; proinde vel ob hanc rationem reſtitutio concedenda non fuit, niſi iuſtiſſima æquiſſimaque ſuaderet cauſa: at ne falſa & ficta pro vera obtruderetur, diligens prætoris cognitio merito requiſita fuit: quam tamen ſummariam ſufficere Autor noſter ſtatuit, quotiens incidéter reſtitutio petitur, ne cauſa principalis diutius, quam par eſt, differatur & ſuſpendatur.

Non autem datur in integrum reſtitutio ob rem minimam, ſi maiori ſummæ, vel rei præiudicetur, ſcribit Calliſtratus in *l.4. ff. de in integr. reſtitu.* Ex quo vulgo Interpp. iuris regulam deſumunt, quod rem minimam non curet prætor. Lit.B. Qu. 10. *An rei minimæ curã habeat prætor?*

Sed ſi penitius hæc conſideretur, falſiſſima eſt, & non vno iuris textu refellitur.

Quod enim etiam rei minimæ curam habeat prætor, teſtatur Iuſtinianus in *pr. Inſt. de vi bon. rapt.* vbi ait: *actio vi bonorum raptorum vtilis eſt, etiamſi quis vnam rem licet minimam, rapuerit.*

Ecce hic vi bonorum raptorum actio, quæ non ſolum pœnalis & quadrupli eſt, ſed inſuper quoque damnatis infamiam importat *l.1. ff. de his, qui not. infamia.* datur à prętore de re minima: proinde rei etiam minimæ curam habet prætor.

2. Deinde qui gallinam vel anſerem intercipit aut retinet lucri faciendi cauſa, furtum committere dicitur §. *Gallinarum Inſt. de rer. diuiſ.* At gallinam anſeremue eſſe rem exigui admodum valoris conſtat.

3. Inſuper cautionem damni infecti etiam propter minimum damnum exigi à prætore, textus apertus eſt in *l. ſi proprietarius. 22. ff. de damno inf.* quod ipſum quoque declarat rei minimæ curam habere prætorem.

Et quanquam Vdalricus Zaſius *libr. 2. ſing. reſp. cap. 26.* ad hoſce & conſimiles alios textus reſpondeat, eos reſpectiue & comparatiue loqui, & de minimo damno non ſimpliciter nec abſolute; ſed habita conſideratione ad maiora damna

Bbbbb intelligi

intelligi deberet: id tamen in coniectura conſiſtit & apertis textibus refragatur: de re enim minima actionem vi bonorum raptorum dari, aſſerit Iuſtinianus abſolute & ſimpliciter: & gallinam rem abſolute & per ſe minimam eſſe itidem patet.

Nec huic ſententiæ aduerſatur quicquam *d.l.4.ff.de in integr. reſtit.* vult enim ibi ICtus non eſſe audiendum eum, qui etiam ex iuſta cauſa in integrum reſtitui poſtulat; non quia minimum non curet prætor; ſed quia iniquum viſum eſt per rei minimæ reſtitutionem præiudicari ſummæ maiori; & quia iuſtius in minima re vel quantitate læſum manere eum, qui reſtitui deſiderat, quam ob rem vel ſummam minimam maiori præiudicari: Quæ ſententia claris atque perſpicuis Calliſtrati verbis in *d.l.4.* exprimitur: non enim ait, Ictus, *ob rem, vel ſummam ſatis minimam non concedi reſtitutionem*; ſed expreſſe addit conditionem, *ſi maiori rei vel ſummæ præiudicatur.*

Hac igitur deficiente conditione, ex mente Calliſtrati, reſtitutio ob rem vel ſummam etiam minimam concederetur.

Deinde etſi abſolute diceretur in *d.l.* 4. ob rem minimam non concedi in integrum reſtitutionem, nobis tamen nequaquam refragaretur; ſiquidem ratio eius plane ſpecialis foret, quod nempe reſtitutio in integrum ſit remedium violentum, quod ad actum de iure communi ſubſiſtentem, reſcindendum ſpectet, & ideo propter exiguam ſummam concedi non ſoleat.

Non refragatur præterea, quod reſtitutio in integrum ex capite de dolo malo, vt & actio doli, ob modicam ſummam, hoc eſt, vſque ad duos aureos non detur *l.9.§.fin.& l.ſeq.10.& 11.ff.de dolo malo.*

Reſpond. Nam ratio eius hæc eſt, quod actio doli non ſolum famoſa eſt, ſed reſciſſoria quoque, atque ita duplex quodammodo odium continet; ſecus atque actio furti, quæ licet & ipſa famoſa ſit *l.1. ff. de his, qui not. inf.* non tamen eſt reſciſſoria.

Pari modo non reſiſtit *l.12.ff.de impenſ. dotal.* vbi Paulus ait, *Omnino & in ædificandis ædibus & in reponendis propagandiſque vineis & in valetudine mancipiorum modicas impenſas non debet arbiter curare.*

Reſpon. Etenim non hoc vult Ictus, quod modicarum impenſarum ratio nulla habeatur; ſed quod in actione de dote illarum non habeatur ratio: at in integrum geſtorum actione ratio habeatur: proinde demonſtrat potius Ictus & probat, quod rei modicæ quoque cura habeatur: at cur actio de dote non ſit de impenſis modicis: actio vero negotiorum geſtorum de illis competat, rationem hanc adducit Bartolus, quod negotiorum geſtor nihil lucretur, ideo modicam impenſam repetat. Vis autem lucretur fructus rei dotalis, ideo modicas impenſas non repetat: maxime cum hoc etiam inducat ſocietas vitæ inter coniuges vt ſic inuicem infeſti eſſe debeant.

Similiter non refragatur *l.18.§.2.ff.de commendato* vbi impenſarum modicarum in rem commodatam factarum, in actione commodati ratio nō habetur, nec eas recipit commodatarius.

Reſpond. Nam huius rei ratio hæc eſt, quod æquum videatur vt commodatarius, qui re commoda vtitur, modicas de ſuo faciat impenſas: quid enim rationi naturali magis conueniens eſt, quam eum ſentire incommoda, quem commoda ſequuntur?

Minus refragatur *l.54.ff.de contrahend. empt.* in qua Paulus *rem, ait, bona fide venditam propter minimam cauſam ineptam fieri non debere.*

Re-

Digitized by Google

Reſpond. Primo enim non loquitur de re minima, ſed de cauſa minima, ob quam prohibet venditionem, bona fide perfectam, reſcindi: nec enim contractus legitime perfectus facile reſcinditur; ſed tum demum reſoluitur, ſi cauſa aliqua ſatis iuſta id ſuadeat: Deinde idem hic, quod ad *d.l.4.de in integr.reſtit.* reſponderi poteſt: idcirco rei vel ſummæ minimæ rationem non haberi, quia de actu, iure ciuili vtiliter geſto, reſcindendo agitur.

Non denique infringit ſententiam noſtram, quod in *l.46.ff.locati.* negatur, locationem vnico nummo fieri poſſe.

Reſpond. Siquidem hoc non ideo fit, quia vnius nummi, tanquam rei minimæ ratio nulla in iure habeatur, ſed quia locatio ſine mercede contrahi nequeat: Merces autem ſeu precium vnico in nummo non conſiſtat *l.10.§.vltim. ff.de acq.poſſ.*

Poſtremo non magni momenti eſt, nec ſententiam noſtram ſubuertit, quod Zaſius obijcit, quod ius ſit ars æqui & boni *l.1.ff.de iuſt. & iure*, æquitas autem non patiatur aliquem condẽnari propter rem minimam, veluti propter ouum.

Reſpond. Cum enim æquitas, ipſaque iuſtitia ſuum cuique tribuere iubeat, non habito reſpectu quantitatis, vel qualitatis eius, quod ab alio iniuſte detinetur, poſſidetur; idcirco æquiſſimum eſt, iurique & iuſtitiæ per omnia conſentaneum, rem etiam minimam tribui cuique, cui ea debetur, & reſtituere nolentem condemnari; id quod ſatis perſpicue probant textus in §.*gallinarum Inſt.de rer.diuiſ.& pr.l.de vi bon.rapt.*

Quæſ.11. An reſtitutio in integrum detur aduerſus patronos & parentes?

Non ſolum autem ob rem minimam, ſi maiori rei faciat præiudicium, in integrum reſtitutio denegatur; ſed etiam interdum propter conditionem eius, contra quem petitur, vt ſi liberi petant reſtitui aduerſus parentem, liberti aduerſus patronum: aduerſus hos enim reſtitutio omnino denegatur, vt aperta Iuſtiniani conſtitutione nouiſſime cautum eſt. *in l.fin. Cod.qui & aduerſ. quos: cum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes ſuos, vt liberti patronos in querimoniam deducere poſſent, quaſi non rite in eos verſatos: quidam exiſtimabant, nullam eſſe contra huiuſmodi perſonas in integrum reſtitutionem pudore naturali vel patronali reuerentia huiuſmodi petulantia refragante; niſi vel ex magna cauſa vel aduerſus turpem eorum perſonam: alij autem perſonarum quidem vel cauſæ diſtinctionem reſpuendam eſſe cenſuerunt: tunc autem tantummodo dandam eſſe reſtitutionem putauerunt, cum minor ex ſua ſimplicitate deceptum, non ex dolo patris vel patroni circumſcriptum eſſe diceret: ſed vt maneat in omnibus honor parentibus & patrono, vel patronæ illibatus atque intactus, ſancimus nullo modo, neque aduerſus parentes vtriuſque ſexus, neque aduerſus patronum vel patronam dari reſtitutionem: nam perſonarum reuerentia omnem eis excludit reſtitutionem: cum procul dubio ſit, etiam ipſas perſonas cauere, ne quid ſuæ opinioni contrarium exiſtat.*

Ex hac inquam Iuſtiniani conſtitutione clariſſime liquet, aduerſus parentes atque patronos omnino, quocunque ex capite, reſtitutionem denegari; Idque propter hanc rationem, quod alias reuerentia, perſonis iſtis debita, læderetur.

Sed tamen ſententiæ huic aliæ conſtitutiones non paucæ refragari videntur.

Et primo quidem obſtat grauiter *l.2. C.ſi aduerſ.rem iudicat*, vbi Gordianus Imperator Serenæ conſulenti in hæcce verba reſcribit: *Si cum pater tuus te in ſua poteſtate eſſe minimeq́; emancipationem à ſe factã valere diceret, proconſul ſuper cauſa cognoſcẽs, te eius poteſtati ſubiectam pronunciauerit, cum aduerſus eam ſententiam in integrum reſtitui poſtules is, qui prouinciam regit, in impertienda cognitione ſuas partes ſecundũ leges exhibebit.*

In hac lege talis proponitur facti ſpecies: pater filiam emancipauerat, ſeu poſtea pœnitentia ductus emancipationem valere negabat, ipſamque filiam ſua in poteſtate etiamnum exiſtere contendebat. Cumque res ad proconſulem deuolueretur, tulit is ſententiam atque filiam adhuc patris ſubeſſe poteſtati pronunciauit: aduerſus quam ſententiam pro patre contra ſe latam conſulens Serena reſtitui in integrum poſtulabat, & reſpondit Gordianus, à præſide prouinciæ reſtitui poſſe. Conſimilis textus extare videtur in *l. 2. C. ſi aduerſ. donat.* vbi pater donauit prædium filio; deinde, eodem conſentiente filio, idem prædium alij rurſus donauit: in hoc conſenſu filius eſt circumſcriptus, & propterea reſtitui poſtulat: & dicitur locum eſſe reſtitutioni, etſi aduerſus patrem, qui fundum filii conſenſu alienaſſe dicitur, reſtitutio petatur. Sic etiam in *l. vltim. §. ſin autem. Cod. de bon. quæ liber.* itidem reſtitutio aduerſus patrem filio conceditur. Proinde ſtatuendum videtur liberis aduerſus parentes quoque in integrum reſtitutionem concedi, ſecus quam cautum eſt in *dict. l. fin. C. qui & aduerſ. quos.*

Et ſane multi, his textibus, modo adductis permoti, ſtatuerunt reſtitutionem in integrum, tunc liberis aduerſus parentes denegandam, quando dolus malus allegaretur parentis: cæterum ſi tantum allegaretur ſimplicitas eius, qui reſtitui poſtulat, concedendam eſſe.

Veruntamen hanc diſtinctionem refellit ipſa Iuſtiniani conſtitutio in *dict. l. final.* & ita quidem aperte, vt nulla amplius dubitatio ea de re ſupereſſe poſſit.

Et ſane quacunque reſtitutione, qua filius ſe læſum reſtitui poſtulat, læditur exiſtimatio parentum: ſi enim pater filium lædi ignorauit, vbi manifeſta læſio eſt, arguitur pater ſtultitiæ & imperitiæ: ſin ſciuit & diſſimulauit, arguitur manifeſtæ improbitatis, quod ſciens prudens paſſus ſit filium decipi.

Qua itaque ratione conſtitutiones adductæ conciliabuntur? Expedita conciliatio videtur ſi cum Duareno dicamus *dict. l. 2. C. ſi aduerſ. rem iud. & d. l. 2. C. ſi aduerſ. donat.* priores eſſe & antiquiores conſtitutiones, vt ex inſcriptionibus earum colligitur: ad *dict. l. fin. C. qui & adu. quem.* eſſe recentiorem, & quidem vnam ex nouiſſimis conſtitutionibus, codici emendato de nouo inſertis, quæ prioribus ſi quæ contrariæ occurrãt, vim derogandi habeat: hoc autem colligitur ex inſcriptione & ſubſcriptione eius, prout alibi monui.

Non me latet alias conciliandi rationes ab alijs excogitari; ſed ſi accuratius conſiderentur, ſubſiſtere non poſſunt.

Quod enim ad legem 2. *Cod. ſi aduerſ. rem indic.* vulgo reſpondetur in caſu illic propoſito non reſtitui filiam aduerſus patrem, aut factum patris, ſed aduerſus factum & ſententiam iudicis: hoc inquam idcirco admitti nequit, quia cum pater iudicio agendo conſecutus eſt, vt filia condemnaretur, idcirco quando aduerſus ſententiam & condemnationem iudicis reſtituitur, etiam aduerſus patrem ipſiuſque factum reſtitui intelligitur: cum is, qui impetrat agendo, vt aduerſarius condemnetur, ipſe condemnare intelligitur *argum. l. furti. §. mandati. ff. de his qui not. inf.* & ita Donell. ac Duaren.

Sic etiam quando ad *l. 2. C. adu. donat.* reſpondet Donellus, etſi in caſu illius legis agatur de facto patris, non tamen poſtulari reſtitutionem aduerſus patrem, nec reſtitutionem illam, patrem offendere, vt qui, re donata euicta, nequaquam ob id donatario teneatur *l. Ariſto. §. vlti. ff. de donat.*

Recte

Recte hoc Duarenus reiicit, propterea quod in caſu *d.l.2*, reſtitutio petatur & aduerſus factum patris, & cõſequenter aduerſus ipſum quoq; patrem: nec hîc attẽdatur, vtrum reſtitutio damnum aliquod pecuniarium inferat patri, ſed ſolum an honorem eius & exiſtimationem lædat.

Rectius proinde, vt dictũ eſt, ad textus modo adductos reſpondetur, eos per recentiorem Iuſtiniani legem correctos & emẽdatos eſſe. Quod vero ad *d.l.fin.§. Sin autem.* bene Duarenus reſpondet in caſu illîc propoſito filiũ non petere, ſe reſtitui cõtra patrem, cum nihil poſſit dici geſtũ inter eum & patrem, vt qui repudiarit ſolum hereditatẽ nihilq; cum patre geſſerit, vt proinde reſtitutio quam ibi filiꝰ petit, patrem minime lædat aut afficiat.

Qu. 12. *An aduerſus parẽtes & patronos detur in factũ actio?*

Cæterum etſi liberis aduerſus parẽtes, libertis aduerſus patronos in integrũ reſtitutio denegetur; exiſtimat tamen Donellus illis aduerſus parentes & patronos actionem in factum verbis temperatam competere, ſic vt detrahatur doli verbũ & mentio fiat bonæ fidei: quæ ſententia nititur textu *l. Nõ debet. 11. ff. de dolo malo.* in qua Vlpianus: *Quibuſdã*, ait, *perſonis non dabitur* (intellige actio doli) *vt puta libertis aduerſus parentes patronoſue cum ſit famoſa; ſed nec humili aduerſus eum, qui dignitate excellit debet dari: puta plebeio aduerſus conſularem receptæ auctoritatis, vel luxurioſo atque prodigo, aut aliâs, vili aduerſus hominẽ vitæ emendatioris.* Quid ergo eſt? in horum perſona dicendum eſt in factum verbis temperãdam actionem, vt bonę fidei mentio fiat.

Et in *l. Si ſuperſtite. C. de dolo*, Dioclet. & Maximin. ita reſcribũt: ſane ſi læſa es immodice, liberatione ſolenniter per nouationem atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actio tibi tribuẽda eſt.

Ex hiſce, inquam, fundamẽtis Donellus euincere conatur, quod etſi reſtitutio in integrum aduerſus parentes & patronos liberis non detur; in factum tamen actio ipſis non denegetur.

Veruntamẽ etſi olim actio famoſa aduerſus parentes atque patronos, verbis temperanda fuerit, vt non doli, ſed bonæ fidei mentio fieret, quo exiſtimationi & famæ parentum atque patronorum conſuleretur: Iuſtiniano tamen viſum eſt, ita non ſatis conſuli honori parentis atque patroni; *Cum*, vt ait, *procul dubio ſit, etiam ipſas perſonas cauere, ne quid ſuæ opinioni contrarium exiſtat*: nam vt cumque verbis tẽperetur famoſa actio, ſemper tamẽ oneratur exiſtimatio patris apud bonos & graues viros, quamuis iure non infametur: eoque pertinere videntur verba iſta, Imperatoris: *Ne quid ſuæ opinioni contrarium exiſtat.* Id quod probe etiam Duarenus obſeruauit.

Quapropter ſic omnino ſtatuendum cenſeo: nullam amplius, quæcunque etiam illa ſit, in integrum reſtitutionem filio concedi aduerſus parentem, vt nec liberto aduerſus patronum: neque his actionem in factum, verbis temperatam, concedi, ne quacunque ratione honor & reuerentia parentibus ac patronis debita lędatur aut exiſtimatio eorundem grauetur, vel imminuatur.

Qu. 13. *An ſi omne aliud remediũ aduerſus parentes atque patronos deficiet, cõpetat reſtitutio?*

Proinde, etſi Autor tunc demum in integrum reſtitutionẽ liberis aduerſus parentes, libertis aduerſus patronos denegare videatur quando aliud non famoſũ ſupereſt remedium, quo illi ſuum obtineat: tamen, etiam deficiente huiuſmodi remedio, liberis reſtitutionem denegari verius & æquius Iuſtinianique conſtitutioni conuenientius iudico.

Nec huic obſtat, quod hac ratione liberi atque liberti iure ſuo priuarentur ſuoque defraudarentur citra culpam, ſi & in factum actio, & reſtitutio integri remedium ſubſidiariũ ipſis denegaretur.

Reſp. Iuſtinianus enim potiorem voluit habere rationem honoris & exiſtimationis parentum, quam liberorum, &

Digitized by Google

ſatius putauit eſſe liberos aut libertos damno aliquo iniuſte affici quam honorẽ parentibus & patronis iure etiam naturę debitum violari: cum & hoc infinita & inæſtimabilia beneficia in liberos & libertos a parentibus ac patronis collata, mereri videantur.

Obſeruandum tamen hoc loco, ꝙ hactenus dicta, vt & Iuſtiniani conſtitutio locum ſaltem in iis habeant, quæ parẽtes cũ liberis, patroni cum libertis geſſerũt, nõ quę hi geſſerint cum aliis: in his ſiquidẽ ratio ſuperior aperte deficere videtur.

Lit. C. Qu. 14. An reſtitutio per procuratorẽ fieri poſsit?

Cum reſtitutio in integrum, vt ex prædictis patet, non detur, niſi cauſa cognita: cognitio autem cauſæ partium præſentiã deſideret, idcirco non immerito quæritur, an eo ſaltẽ præſente, qui reſtitui poſtulat cauſæ cognitio & reſtitutio fiat, an vero eius etiam procuratore pręſente reſtitutio fieri poſsit?

Et rem per procuratorẽ expediri poſſe, nec præciſe ipſarum partium præſentiam deſiderari, dicendum eſt.

Sic enim aperte Caius ſcribit in *l. 25. §. 1. ff. de minor.* Si talis interueniat iuuenis, cui petenda ſit reſtitutio; ipſo poſtulante, præſtari debet, aut procuratori eius, cui ad ipſum nominatim mandatum ſit.

Et in *l. vnic. C. etiam per procuratorẽ cauſam in integrũ reſtitutionis.* Alexander Imperator reſcribit: Cauſam in integrum reſtitutionis, ſi quæ competat per procuratorem agi poſſe.

Nec ad rem facit quod in impetranda venia ætatis perſona ipſius minoris eſt neceſſaria, nec admittitur procurator veniam ætatis minori petens *leg. 2. C. de his qui ven. ætat.* Reſpond. Nam diuerſiſſima, quoad hoc, ratio eſt reſtitutionis in integrum & impetrationis veniæ ætatis: ideo enim præſens debet eſſe, qui veniam ætatis impetrat, vt in cauſæ cognitione ex ſermone eius, & geſtu iudex diiudicare & æſtimare valeat, an mereatur veniam ætatis.

Cæterum procurator ſpeciali ad hoc mandatu inſtructus eſſe debet, nec ſufficit generale mandatum; ita enim Gaius in *d. l. 25. §. 1.* requirit vt nominatim procuratori demandatũ hoc ſit vt in integrũ reſtitutionem petat; ita vt qui generale mandatum de vniuerſis gerẽdis negotiis alleget, non debeat audiri. Cuius ratio nemini poteſt eſſe obſcura: etenim reſtitutionis auxilium eſt extraordinarium & quodammodo odioſum, eo quo per in integrum reſtitutionem reſcindatur, id quod ipſo iure tenet *l. In cauſa. 19. de minor.* quocirca mandata non intelligetur, niſi nominatim atque verbis expreſſis id fuerit factum.

Nec huic refragatur quod is, qui generale de vniuerſis gerendis negotiis habet mandatum, poſſit etiam citra ſpeciale mandatum lites mouere.

Reſp. Hoc ſiquidem de actionibus ordinariis accipiendum eſt *l. ſed et ſi vnius §. procuratorẽ. de minor.* Aliud vero in hoc extraordinario in integrum reſtitutionis auxilio obtinet; ſiquidem hoc violentum eſt ac cõtra ius ciuile datur *l. in honorariis. 35. ff. de oblig. & act.*

Neque hæc ſolum in extraneis, ſed in coniunctis quoque perſonis procedunt: tametſi enim alias perſonæ coniunctæ ſine mandatu admittantur *l. ſed & hæ. ff. de procurator.* In petenda tamen reſtitutione in integrũ non audiuntur: id quod Gaius expreſſis verbis ſcribit in *l. 27. pr. ff. de minorib. Ex quo,* inquiens, *apparet cæteros adgnatos, vel affines non aliter audiri debere, quã ſi ex voluntate adoleſcentis poſtulent*: Excipit ICtus ſolum patrẽ qui ſine ſpeciali mandatu reſtitutionem in integrum pro filio petere valeat. Cuius exceptionis duplicẽ rationem adducit Duarenus. 1. Quia pater ſit legitimus adminiſtrator bonorum filij: à legitimo autem adminiſtratore nõ exigatur mandatum *l. præſes. C. de tranſact. l. Mandato generali ff. de procurat.* 2. Quia patris interſit filium reſtitui in integrũ;

cum

Digitized by Google

cùm periculum ſit, ne ſi filius non fuerit reſtitut⁹, executio rei iudicatæ fiat in periculo, quod aliâs patris eſt,& quod aliâs pater retineret in ſubſtantia ſua.

Non obſtāte eo, quod dicitur in *l.3.§. ſed vtrum.de minor.* non prodeſſe patri reſtitutionem quam impetrat filius: hoc enim ſic accipiendum ꝙ non proſit patri ſi aduers⁹ ipſum patrē de peculio agatur, vt qui ſe nulla exceptione tueri valeat: at ſi pater petit non ſe, ſed filium reſtitui, prodeſt reſtitutio hæc patri, vt dictum fuit.

Qu.15. *An beneficium reſtitutionis ſit reale, an perſonale?*

Reſtitutionis porro in integrum beneficiū quale ſit, inquirit hîc Autor noſter; nec otioſe: ſciendum enim eſt beneficia eſſe triplicis generis: nam quædā beneficia ſunt perſonalia, quædam realia, & quædam mixta: partim realia, partim perſonalia: perſonalia beneficia sūt, quæ tantum perſonæ tribuuntur: realia quæ quidem alicui tribuuntur, ſed non propter perſonam, verum propter cauſā, ſeu propter rem: Mixta vero, quæ partim perſonę, partim rei, ſeu cauſæ conceduntur. Et plurimum intereſt ſcire quale vnumquodq; ſit beneficium: nam ſi perſonale eſt, perſonam ſequitur eaq; extincta & ipſum extinguitur: Sin reale rem& cauſam ſequitur,& propter hāc perſonā, atq; re ſeu cauſa deficiente, deficit, ſed cū perſona nō extinguitur. Idemq; de mixto quoque beneficio dicendum. *l.68.de R. Iur.* Hac igitur, vt dixi, de cauſa quæritur, cuinam generi accenſendum ſit in integrum reſtitutionis beneficium, vtrum ſit reale an perſonale, an vero mixtū. Autor noſter ſtatuere videtur reale eſſe beneficium: verum mihi magis eorum arridet opinio, qui ſtatuunt quod ſit beneficium mixtū, vt quod partim perſonæ, hoc eſt, minori 25. annis ſit tributum *l.1. ff. de minorib.* partim cauſæ, id eſt, damno ſeu læſioni: quandoquidem tribuitur quidem minoribus 25. annis, ſed non aliter, quam facilitate & iudicij imbecillitate læſis.

Hinc rectè Autor noſter deducit reſtitutionem in integrum minorū ad heredes & ſucceſſores vniuerſales tranſire: quandoquidem ita regula habet iuris cōmunis: *Priuilegia quædam cauſæ ſunt, quædā perſonæ & ideo quædam ad heredes tranſmittuntur, quæ cauſæ ſunt: quæ vero perſonæ ſunt ad heredem non tranſeunt. l. 196. de Reg. Iur.* Atque in eo priuilegium mixtum cum priuilegio reali cōuenit, quod ſicut hoc, ita & ipſum ad ſucceſſores & heredes tranſmittitur.

Hinc de reſtitutione in integrū in genere ſcribit Vlpianus in *l.6. ff de in integrū reſtitutione*: non ſolum minoris, verum eorum quoque, qui Reipubl. cauſa abſfuerunt, item omnium, qui ipſi potuerunt reſtitui in integrum, ſucceſſores in integrum reſtitui poſſunt: idemque in ſpecie de reſtitutione minorum in *l.18. §. fi. l.24. §.1. l.44. ff. de minor.* aſſeritur.

Illud tamen obſeruandum, quod cum reſtituitur minoris heres, qui maior eſt viginti quinque annis, quia non ex ſua propria, ſed ex defuncti perſona reſtituitur, & etiam non niſi intra annum vtilē, qui defuncto præfinitus fuit, ad petendam reſtitutionem, reſtitui poſſe: diuerſum vero eſſe in minoris herede, qui & ipſe minor eſt; de quo ita Vlpianus: *Interdum tamen ſucceſſori plus quam annum dabimus, vt ex edicto expreſſum, ſi forte ætas ipſius ſubueniat: nā poſt annū vigeſimū quintum habebit legitimum tempus: hoc enim ipſo deceptus videtur, quod cum poſſet reſtitui intra tempus ſtatutum ex perſona defuncti, hoc non fecit.*

Qu.16. *An reſtitutio minoris proſit quoq; fideiuſſori, ſic vt & ipſe liberetur?*

De fideiuſſore minoris, quidnam ſtatuendum ſit, ambiguum eſt? Et initio dicēdum videtur beneficium reſtitutionis in integrum debitoris minorennis prodeſſe quoq; fideiuſſori; ſicut reſtitutione in integrum liberato debitore, fideiuſſor quoque eius liberetur: idque ſequentibus fundamentis effici videtur.

1. Quotieſcunque fideiuſſor regreſsū haberet aduers⁹ debitorē ſuū toties libe-

rāto

Igitur, etſi reus pactus ſit in rem, omnimodo exceptio competit fideiuſſori. Interceſſionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandæ cauſa petitur, etiam fideiuſſori competit. Idem dicitur etſi pro filiof. contra SC. quis fideiuſſerit, aut pro minore 25. annis circumſcripto.

Ex hiſce fundamentis ſtatuendum videtur beneficium reſtitutionis in integrũ minoribus tributum, etiam fideiuſſorib. eorum competere. Veruntamen ab hac ſententia recte Autor noſter deflectit, atque prædictum iſtud beneficium fideiuſſoribus nequaquam competere ſtatuit.

Cuius ſententiæ fundamenta certa ſunt & indubitata: nam pro ea facit inprimis *l. 13 pr. ff. de minoribus.* vbi ita ſcribitur: *in cauſa cognitione verſabitur, vtrum ſoli ei ſuccurrendum ſit, an etiam his, qui pro eo obligati ſunt, vtputa fideiuſſoribus: itaque ſi cum ſcirem minorem & ei fidem non haberem, tu fideiuſſeris pro eo, non eſt æquum fideiuſſori in necem meam ſubueniri, ſed potius ei deneganda erit mandati actio: In ſumma perpendendum erit prætori cui potius ſubueniat, vtrum creditori, an fideiuſſori: nam minor captus neutri tenebitur.*

2. Et *in l. 1. C. de fideiuſſor. minor.* Seuerus & Antoninus Impp. ita ſcribunt: *poſtquam in integrum ætatis beneficio reſtitutus es, periculum euictionis emptori, cui prædium ex bonis paternis vendidiſti, præſtare non cogeris, ſed ea res fideiuſſores, qui pro eo interuenerunt, excuſare non poteſt. Quare mandati iudicio, ſi pecuniam ſoluerint, aut condemnati fuerint, conuenies, modo ſi eo quoque nomine reſtitutionis auxilio non iuuaberis.*

3. Et *in l. 2. C. eod. tit.* Impp. Dioclet. & Maxim. *Si ea, quæ tibi vendidit poſſeſſiones, interpoſito decreto præſidis, ætatis tantummodo auxilio iuuatur, non eſt dubium, fideiuſſorem ex perſona ſua obnoxium eſſe contractui, verum ſi dolo malo apparuerit contractum interpoſitum eſſe, manifeſti iuris eſt, vtrique perſonæ tam venditricis, quam fideiuſſoris conſulendum eſſe.*

4. Et ratio cur fideiuſſoribus non proficiat reſtitutio in integrum minoris, ſatis perſpicua eſt, quæ etiam haut obſcure indigitatur *in d. l. 13 ff. de minorib.* quod nempe *iniurium & iniquum, foret fideiuſſori in necem creditoris ſubueniri, qui in ſecuritatẽ obligationis eum accepit*; Nec mouet exemplum heredis, cui beneficium reſtitutionis tribui diximus; nam ratio, quæ in perſona fideiuſſorum beneficium facit perſonale, in heredis perſona penitus deficit.

Cætera vero argumenta, quæ pro contraria opinione produci poſſunt & ſolent, reſoluta reperies *lib 3. tract. 5. q. 10. Reſolut.* mearum, quo me breuitatis cauſa refero.

Qu. 17. *An beneficium reſtitutionis proſit conſorti minoris?*

Cæterum & illud controuerſum eſt, vtrum beneficium hoc reſtitutionis in integrum, minoribus 25. annis tributũ conſortibus quoq, eiuſdem litis proſit? Verbi cauſa, aliquis cum minore 25. annis cõmunem habuit cauſam & litem: aduerſus hos pronunciauit iudex, minor contra iudicis ſententiam in integrum reſtitutionem impetrauit, quæſtio eſt, vtrum hæc reſtitutio proſit minori duntaxat, an ipſius quoque ſocio & conſorti, ita vt pro huius quoque parte ſententia reſciſſa intelligatur?

Et quod proſit conſorti voluit Bartolus *in l. vnic. C. ſi com. ead. cauſa. n. 5. & 6. Gomez. 2. var. reſolut. 14. n. 10.*

Fundamenta quibus opinio horum nititur hæc ſunt.

Primo quod beneficium vnius proſit conſorti & ſocio litis confirmare videtur *l. ſi communem 10. ff. quemadmod. ſeruit. amitt.* vbi Paulus: *Si communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteretur, tamen propter pupillum & ego viam retineo.*

Caſus & facti ſpecies hæc eſt: ego & pupillus communem fundum habemus: illi fundo ſeruitus debetur, quæ quidem ſeruitus amittitur tẽpore non vtendo, niſi pupillo debeatur; quia longiori tempore opus eſt in reb. pupilli vſu capiendis *l. bona*

Ccccc *fidei*

fidei ff.de acquir.dom. Reſpondet Paulus & mihi & pupillo ſuccuri,adeoq; beneficiũ, tributũ pupillo, cõſorti ipſius & ſocio ꝓdeſt. Conſimiliter quoq; beneficium reſtitutionis tributum minori ipſius quoq; ſorti & ſocio proderit.

2. Præterea iure ſic conſtitutum eſt, vt ſi vnus ex pluribus ſociis & conſortibus eiuſdem litis appellauerit, & pro hoc in altera inſtantia lata ſit ſententia, tum victoria non ſolum ipſi appellanti, ſed & cęteris conſortibus proſit, qui non appellarunt *l.1.& 2.C.ſi vnus ex plurib. appell.l. ſi qui ſeparatim.§.1.ff.de appellat:* quod ſi itaq; vno appellante & vincente, victoria prodeſt aliis non appellantibus; cur non conſimiliter, & reſtitutio in integrum vnius prodeſſet alteri?

3. Huc præterea facit vulgatum iuris axioma, quod beneficio mihi ex altetius perſona cõpetente gaudere debeam, etſi per me nequeam *l.& ſi poſt mortem.§.final. ff.de bonor. poſſeſ. contra tab. l. Amicißimos. ff.de excuſat tutor.* Item quod per alium aſſequi poſſim, quod per me aſſequi non potuiſſem *l.loci corpus.§.ſi fundus.ff.quemadmod ſeruit.amitt.*

Sed tamen verior eſt ac tutior illorum ſententia, qui negant, beneficium reſtitutionis in integrum minoribus tributum, prodeſſe conſorti ac ſocio eiuſdem litis.

1. Quia *in l.vnic.C.ſi in communi eademque cauſa.* Impp. Dioclet. & Maximin. in hæc verba reſcribunt: *Nec ſi maior viginti quinque annis ſoror veſtra fuit, vobis non mandantibus, nec ratam tranſactionem habentibus, de iure veſtro quicquam minuere potuit: nam ſi cognitis, quæ geßit, his conſenſiſtis poſt viginti quinque annos ætatis commodaſtis: quamuis ille maior pro portione ſua reſtitutionis auxilium implorare poßit: vobis tamen ad communicandum edicti perpetui beneficium eius ætas patrocinari non poteſt.*

Hic aperte Impp. negant beneficiũ reſtitutionis cæteris conſortibus eſſe communicandum.

2. Pro qua eadem opinione etiam facit, quod *in l.3.§.4.ff.de minoribus.* Vlpianus expreſſe negat, beneficium in integrum reſtitutionis filio minori competẽs, prodeſſe debere patri, quia prætor promiſerit auxilium minori, non maiori, eidemque propoſitũ fuerit ſuccurrere minori non vero maiori *l.23.eod.*

Cum igitur prætor patri maiori, ne quidem per tertiam & intermediam perſonã minoris ſuccurrere velit, palam eſt, nec conſorti per minorem eſſe ſubueniendum reſtitutionis auxilio.

3. Accedit, quod beneficium reſtitutionis non tantum reale, ſed & perſonale ſit, minoris ſcilicet perſonæ tributum: at perſonalia beneficia perſonam non excunt, nec ſociis & conſortibus vllo modo proſunt.

4. Huc quoque non parum facit *l. 47. §.1.ff.de minoribus:* nam ibi curator prædia, quæ cum ſuis adultis habebat communia diſtraxit, ſed minores ex huiuſmodi vẽditione læſi in integrum à prætore ſunt reſtituti: reſtitutio hæc negatur ſocio illorum, curatori prodeſſe: niſi eo caſu, quo emptor velit à toto cõtractu diſcedi: quia alias incideret in ſocietatem & communionem emptor cum curatore: nemo autem inuitus ad ſocietatem & communionem rerum eſt compellendus *l.vlt.C. com. diuid.l.26.§.ſi centum.ff.de condict.indeb.*

Et ita quoque pleriq; ſtatuunt Interpp. Donellus *lib.21.c.vlt.* Petrus Heigius *part. 2.q.19.n.37.& ſeqq.* Mauritius *de reſtit. in integr.c.144.* Duarenus *ad d. l. vnic. Codic. ſi in comm.ead.cauſ.* Mudæus ibid. Coler. *deciſ.273.*

His vero ita præmiſſis, non eſt difficilis reſponſio ad contraria argumenta.

Ad primum enim reſpondeo, beneficium reſtitutionis vnius ſocii cæteris non prodeſſe per ſupra dicta, niſi cauſa & res ſit indiuidua; aut res & cauſa omnino ſit connexa: atqui *in d.l.ſi communem.10.* agitur de ſeruitute, quæ non recipit diuiſionem,

nem, *l. ſtipulationes non diuiduntur. ff. de verb. obligat.* Hac itaq; in cauſa propter ſocium ætate minorem, maiori ſuccurritur.

Ad ſecundum reſpondetur, quod *in l. 1. C. ſi vnus ex pluribus & d. l. ſi quis ſeparatim. § vlt.* dicitur, id hoc modo eſſe accipiendum, quod ſi vnus ex pluribus appellauerit, qui vna ſententia damnati ſunt, vnius appellatio tum cæteris proſit, ſi ſcilic. vna eademque fuerit cauſa defenſionis. Hinc igitur relucet differentia, quæ eſt appellationis & reſtitutionis: nam in appellatione eadem eſt cauſa omnium, quia vnus æque atq; alter appellare poteſt; hoc duntaxat inter eos intereſt, quod vnus appellat, alter non, quamuis alter appellare potuiſſet: at in reſtitutione in integrum idē dici nō poteſt: vnus enim reſtitui poteſt, alter nō poteſt: minor, inquā, reſtitui pōt maior nō poteſt, etiāſi vellet. Argumentū proinde à ſeparatis & diſſimilibus procedit: ita Duarenus in loco ſupra citato.

Ad tertium reſpondetur, non eſſe perpetuum iſtud axioma, quod illud beneficium, quod per me habere non potui, per alium habere & obtinere queam. Fallit ſane in beneficiis perſonalibus vel mixtis. Et quod hic nō procedat manifeſtum eſt ex eo quod pater vigintiquinq; annis maior, etſi per ſe beneficium reſtitutioni in integrum, minoribus tributū, habere nequeat: per filii tamen perſonam, quantūuis ætate minoris, beneficiū hoc reſtitutionis obtinere non valeat *d. l. 3. §. 4. ff. de minorib.* in qua ita Vlpianus ſcribit: *ſed verū ſolis patribus-familiarum; an etiam filiis-familiarum ſuccurri debeat, videndum. Mouet dubitationem quod ſi quis dixerit, etiam filiiſfam. in re peculiari ſubueniendum, vt per eos etiam maioribus ſubueniatur.*

Ego autem veriſſimam arbitror ſententiam exiſtimantium, filiumſam. minorem annis in integrum reſtitui poſſe ex his ſolis cauſis, quæ ipſius interſint: puta ſi ſit obligatus.

Lit. E. & F. Poſtulata autem in integrum reſtitutione, vtrum executio ſententiæ impediatur & ſuſpendatur, haut expeditum eſt?

Vt puta, ſententia contra minorem lata fuit, aduerſus quam ſe in integrum reſtitui minor poſtulat, quæſtio eſt, vtrum interim ſententia executioni mādari poſſit: an vero ceſſare & differri debeat ſententia vſq, dum reſtitutionis cauſa ventilata & finita fuerit? Qu. 18. *An reſtitutio in integrū ſuſpendat executionem?*

Prima facie dicendum videtur executionem non ſuſpendi reſtitutione in integrum, ſed, hac non impediente, ſententiam, aduerſus quem reſtitutio petitur, executioni demandari poſſe.

Etenim *in l ſatis aperte C. ad L. Cornel. de falſis*, conſtituitur ſi quis ex Chirographo conueniatur, quod arguatur falſi ab aduerſariis, quod interim cogatur ſoluere is, aduerſus quem inſtrumenta proferuntur, ſalua tamen accuſatione falſi, ne moradæ accuſationis cauſa facile cōminiſcantur litigatores, quod moretur executionem. Proinde non obſtante in integrum reſtitutione, cogetur minor ſententiæ ſatisfacere ac ſoluere, quoniam frequenter accidere ſolet, vt tales reſtitutiones in integrum, impediendæ duntaxat & tardandæ executionis cauſa petantur, quo ſententia aut eludatur aut executio eius impediatur.

Et ita quoq; Iacobus Menochius concludit *lib. 1. præſumpt. 74.* quod cum aduerſus petentem ſe reſtitui in integrum contra ſententiam ſit præſumptio malitiæ & calumniæ, ſententiam ipſam eſſe prius exequendam.

2. Quo etiam inprimis facere videtur *cap. ſuſcitata. 6. de in integrum reſtit.* vbi Pontifex: *Sentētia*, inquit, *lata, procurator monaſterij ad probandam præſcriptionem factam, tam ſuper quatuor articulis prænotatis, quam etiam ſuper quibuſdam decimis per tranſactionem acquiſitis, reſtitutionem in integrum, nomine monaſterij poſtulauit, quam eidem duximus indulgendam. Ne vero per excogitatā malitiam ſicut ex præſumptionib pluriſ. videbatur effectum ſententiæ propter diuerſas ſuſpiciones*

Digitized by Google

incurreret detrimentum: nos æquitate penſata, iure duximus prouidendum, vt ante omnia ſupradicta ſententia executioni mandetur.

3. Eandemque ſententiam confirmare videntur textus *in l.fin.C de ordin. cognit. cap.ex literis.& cap. Auditis extr. de reſtit. in integr.* vbi diſponitur, exceptiones poſt ſententiam propoſitas, ſententiæ executionem non impedire. Ex quo concludẽdum videtur, nec reſtitutionem in integrum, poſt ſententiam petitam, impedire & differre poſſe ſententię executionem.

Sed quod in integrum reſtitutio minoris ſuſpendat executionem ſententiæ, verius eſt. Et ita quoq; ſtatuunt Donellus 21. *comm.1 & ad L.32.C.de tranſact.n.4.* Duarenus *ad l vnic.C. in integrum reſtit. poſtulata.* Maurius *de reſtit. in integr.c.29.& 30.* Mynſing.1.*obſ.*48.

Quæ ſententia hiſce fundamentis nititur. 1. In *l.vnic.C.in integrum reſtitutio poſtulata.* Imperator Gordianus ita reſcribit: *Poſtulata in integrum reſtitutione, omnia in ſuo ſtatu eſſe debere, donec res finiatur; perſpicui iuris eſt; idque curabit is, ad cuius partes ea res pertinet.* Atqui ſi executio ſententiæ aduerſus quam impetrata eſt inſtitutio in integrum, nihilominus, pendente in integrum reſtitutionis cognitione, executioni demandatur non ſane omnia in ſuo ſtatu integra relinquuntur. Proinde ſicut ſuſpenditur per appellationem, ita quoque per reſtitutionem in integrum: & ſicut pendente appellatione nihil eſt attentandum, nihil innouandum, ita quoq; pendente reſtitutione in integrum.

2. Idem quoque dilucide probat *l.32. C.de tranſact.* vbi in hæc verba Imperator. reſcribunt: *Si cauſa cognita probata ſententia, ſicut iure traditum eſt; appellationis ſolennitate ſuſpenſa non eſt, ſuper iudicato fruſtra tranſigi non eſt opinionis incertæ.*

Ecce hic aperte Imperatores ſanciunt, ſententiam nonminus per in integrum reſtitutionem ſuſpendi, quam per appellationem: quod ſi autẽ ſententia ſuſpenditur per reſtitutionem in integrum, executioni ſane demandari non poteſt.

3. Accedit huic quod quicquid iure communi appellatio facit, id pure ſingulari valet reſtitutio, in integrum *tot.tit.Cod. ſi aduerſ.rem iudicatam l. nemo ff.de reſtit.in integ.* Donell. *d.num. 4.* Atqui appellationem differre ac impedire executionem ſententiæ, expeditum eſt: proinde & reſtitutio in integrum.

His non obſtant, quæ pro contraria opinione ſupra fuerunt mota, Ad primum reſpondeo, non præſumi quod reſtitutio in integrum malitioſe petatur, remorandæ executionis cauſa; etiamſi hoc fieri poſſit: quod ſi tamen præſumptiones appareant malo animo & cauſa impudiendi effectus ſententiæ reſtitutionem peti, ante omnia ſententia executioni mãdabitur, recepta tamen à victore cautione, ſe vniuerſa, quæ occaſione ſententiæ medio tẽpore perceperit, reſtiturum, ſi aduerſarius in cauſa præualuerit Mynſing *d.obſeruat.48.* Duar. *d.loco.*

Atq, ita quoq; interpretandum aiunt *d.cap.ſuſcitata.6.de in integr.reſtit.* Idque euincunt verba iſtius capit. *Ne vero per excogitatam malitiam, ſicut ex præſumptionibus pluribus videbatur effectum ſententia impediri contingenti.*

Vnde argumento à contrario ſenſu, ꝙ in iure fortiſſimum eſt *l. 1. ff. de offic. eius.* colligitur, ꝙ ſi nullæ huiuſmodi apparcãt præſumptiones malitiæ, ſententia tunc executioni mandari non debeat. Adeoq; iuris hic Canonici textus confirmat potius quam infirmat ſententiam noſtram.

Ad poſtremum reſpondet Mauritius, exceptionem & in integrum reſtitutionem male in propoſito comparari, cum diuerſa ſit vtriuſq; ratio: ſiquidem longe plus efficaciæ habet reſtitutio in integrũ, quam exceptio *arg.tot.tit.C.ſi aduerſus rem iud.* Cum igitur argumentum procedit à diuerſis, male & vitioſe concludit.

Ex his itaq; colligitur, ꝙ reſtitutio regulariter

lariter ſuſpendat & differat executionem ſententiæ: exceptis duobus caſibus.

1. Si certis circũſtantiis colligatur, quod remorandæ executionis cauſa malitioſe quis reſtitutionem poſtularit. *d. cap. ſuſcitata.*

2. Si cauſa reſtitutionis requirat longiorem inquiſitionẽ & non ſtatim poſſit docere is, qui petit reſtitutionẽ, id quod aduerſus ſententiam propoſiturus eſt, atque res altiorem exigat & deſideret indaginẽ: tunc enim non eſt differẽda ſententiæ executio; quoniam in ſententiæ executione ſummaria ſolet adhiberi cognitio *l. à Diuo Pio §. ſi ſuper rebus. ff. de re iud.*

In quibus ſummariis cognitionibus admittuntur exceptiones, quæ ſtatim & in continenti probari poſſunt: non autem illæ, quas vlterius excutere neceſſum eſt *l. 3 §. 1. l. idem. Digeſt. ad exhib.* Et ſane iudex ſummariam cauſæ reſtitutionis probationem in omnem euentum admittere tenetur, cum nihil præiudicii immineat, ſi huic leui probationi, & quæ modico tempore expediri poterit cõſentiat: proinde ſuperior ſententia ita accipienda eſt, ſi is, qui reſtitutionem petiit, docere poſſit ſtatim, iuſtam eſſe cauſam reſtitutionis, nec res altiorem inquiſitionẽ deſideret, & in qua non facile expediri poſſit negotium Duarenus, Mauritius & comm. Interpp.

RESOLVTIO THESIS TERTIÆ.

litera A. RESTITUTIO in integrum olim peti poterat intra annum vtilem *l. 1 in verb.* intra annum quo primum de ea re experiundi poteſtas eſt. *Digeſt. ex quibus cauſis maiores.* Sed poſtea Iuſtiniani conſtitutione hic annus vtilis in quadriennium continuum mutatus eſt *l. fin. Codic. de temp. in integrum reſtitut.* vbi ita Iuſtinianus Imperator *ſuperuacuam differentiam vtilis anni in integrum reſtitutionis à noſtra Republica ſeparantes, ſancimus & in antiqua Roma, & in hac alma vrbe, & in Italia, & in aliis prouinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus vtilis currebat, & id tempus totius loci eſſe commune ex differentia enim locorum aliquod induci diſcrimen, ſatis nobis abſurdum viſum eſt. Quod non ſolum in minorum reſtitutionibus (quibus vtilis annus incipit currere, ex quo viceſimi ſexti dies illuxerit) ſed etiam in maiorum hoc idem adhiberi ſancimus, vt & hic pro vtili anno memorata continuatio temporis obſeruetur, ad interponendam conteſtationem finiendamque litem.*

Annus vtilis dicitur, in quo dies duntaxat illi continentur, quibus agere licet, ſuique copiam facit magiſtratus, pro tribunali ſedet & ius reddit poſtulantibus: continuus verò, qui non ſolum huiuſmodi conſtat diebus, ſed etiam feriatis & quibus in iudicio agere non licet, nec ſui copiam facit magiſtratus, nec ius reddit. Expreſſum hoc eſt in *l. 1. Digeſt. de diuerſ. & temporalibus præſcript.* Duarenus *ad titul. Codic. temp. in integr. reſtitut.* Donellus *21. comm. 10.*

Ex noua proinde Iuſtiniani conſtitutione petendæ reſtitutioni in integrum præfixum eſt quadriennium continuum, quod tamen currere incipiat, non ex tempore læſionis, ſed ex eo tempore quo quis facultatem experiendi habuit *dict. leg. fin. Cod. de temp. in integr. in verb.* tantummodo numerari ex die, ex quo vtilis annus currebat.

Ex quo tamen perperam Iaſon concludit vtilem eſſe annum in integrum reſtitutioni præfixum; ſiquidem continuus annus etiam currit ex eo tempore, quo quis experiendi poteſtatem non habet, ex quo ignorat ſe læſum ſibiq; reſtitutionem competere.

Rectè enim Duarenus ait, ideo præfatum tempus dici continuum, quia vbi ſemel cœpit currere, ſemper continuatur, nec interrumpitur, & ſi dies inciderit,

quo non liceat experiri. Proinde quadriennium vtile eſt in initio, continuum vero in progreſſu. Et hoc vult quoque Iuſtinianus in *dict. l. fin.* dum ait, ſe mutaſſe vtilem annum in continuum quadriennium, ſic tamen vt illud numeretur ex eo die, ex quo vtilis annus olim fuerit numeratus.

Quæ.19. *An continuũ quadrienniũ ſit reſtitutioni etiã finiendæ præfixũ?*

Illud porro expeditum non eſt vtrum prædictum quadriennium detur reſtitutioni duntaxat petendæ, an etiam finiendæ?

Et quidem Donellus *dict. capit. 10.* Forner. *5. rerum quotid. 5. in fine* & alii nonnulli ſtatuunt ſufficere, ſi intra quadriennium poſtulata fuerit in integrum reſtitutio.

Sed Duarenus in loco ſupra citato arbitratur quadrienniũ iſtud Iuſtiniani conſtitutione præfixum eſſe non modo petendæ, ſed finiendæ quoque in integrum reſtitutioni, idq; hiſce de cauſis.

1. Quia Iuſtinianus in *dict. l. fin.* expreſſe continuum quadriennium obſervandum ait ad interponendam conteſtationem finiendamq́ue litem, quibus verbis luculenter vtique docet Iuſtinianus, quod intra quadriennium & petenda & terminanda ſit in integrum reſtitutio.

Et quanquam non deſint, qui textui manum admoueant, & pro *finiendam* legant *ineundam*, item *inchoandam*, quia tamen omnium Codicum conſtans lectio huic emendationi refragatur, ideo non facile recipienda erit.

2. Accedit ad huius confirmationem etiam textus in *Clementin. vnic. de reſtitut. in integrum*, vbi Clemens Pontifex: *Ab Eccleſia aduerſus lapſum temporis, in quo ſe læſam affirmat, in integrum reſtitutio peti poteſt. Et cauſa huiuſmodi reſtitutionis finiri debet intra quadriennium continuum à tempore læſionis, etiamſi minus quadriennio tempus læſionis exiſtat.*

3. Quin etiam ſententiam hanc veteribus legibus (à quibus *dict. l. fin.* non præſumitur receſſiſſe, niſi id manifeſte appareat *argum. l. præcipimus Cod. de appellat.*) conſentire exinde apparet, quod olim annus vtilis dabatur, non tantum ad incipiendã, ſed ad finiendam quoque litem *l. 39. ff. de minoribus leg. 5 & 6. Cod. de temp. in integrum.* Quocirca cum in huius vtilis anni locum ſucceſſerit quadriennium continuum, idem quoque de eo aſſerendum videtur, quod nempe non tantum ad petendam & incipiendam, ſed & ad peragendam reſtitutionis litem concedatur.

Obſeruandum inſuper eſt, quod cum actio reſciſſoria ab in integrum reſtitutione, tanquam remedio reſcindente, ſit diuerſiſſima, quadriennium, quod in *dict. l. fin.* reſtitutioni in integrum præfinitur ad reſciſſoriam actionem porrigi non debeat. Qua de re infra in *theſi penult. ſub lit. D. & E* prolixius diſſeremus.

Quæ.20 *An continuũ quadrienniũ omnibus reſtitutionib. in integrũ ſit præfixũ?*

Nunc videamus anne ſuſtineri poſſit, quod hoc loco autor noſter tentat, quod *dict. leg. final.* non ſit generalis nec ad omnes reſtitutionis ſpecies pertineat.

Et quod ad reſtitutionem minorum itemq́ue maiorum ex iuſta abſentiæ cauſa duntaxat quadriennium concedatur, cæteris vero in integrum reſtitutionibus vtilis annus adhuc præfixus intelligi debeat, hoc argumento demonſtrari videtur.

Quod iure veteri annus vtilis præfiniatur reſtitutioni in integrum ex cauſa metus illati *l. 14. §. 1. l. 21. §. 2. Digeſt quod met. cauſa.* ſtatus mutationis. *l. 2. §. fin. ff. de capit. minut* alienationis iudicii mutandi cauſa *l. 6. ff. de alienat. iud. mut.* Atqui hodie id correctum non eſt *l. fin. C. de temp. in integrum reſtitut.*

Quandoquidem iſta *l. fin.* loquitur tantum de reſtitut. in integrum minorum itemq́ue maiorum. Nec lex noua & correctoria vltra ſuos terminos & fines extendi debet *argum. l. præcipimus. Cod. de appellat.* Proinde adhuc hodie annus vtilis reſtitutioni

tioni in integrum ex prædictis cauſis præfinitus cenſebitur.

Cæterum vt hæc ſententia ſuſtineri nõ poſſit, valde vereor: ſiquidem verba illius legis initialia ſatis ſuperq; oſtendunt, propoſitum fuiſſe Iuſtiniano vtilem annum, generaliter reſtitutionibus olim præfixũ, in continuum quadriennium tranſmutare, quia non diſtinguit quicquam Iuſtinianus inter reſtitutiones ex quanam cauſa procedant. Nec refert, quod de minorum duntaxat & maiorum reſtitutionibus Imperator agat: nam per reſtitutionem minorum intelligit Iuſtinianus eam reſtitutionem quæ minorib. propter ætatem lapſis tribuitur: per reſtitutioné vero maiorum proculdubio nonſolum eam intelligit Iuſtinianus quæ tribuitur maioribus ob iuſtam abſentiæ cauſam, ſed & eas, quę maioribus ex aliis cauſis, nempe ex cauſa metus, doli, ſtatus mutationis, alienationis iudicii mutandi, &c. tribuuntur: vnde cum de maiorum reſtitutione loquatur in genere Iuſtinianus, ita quoq; generaliter intelligendus: nec inter cauſas reſtitutionis maiorum diſtinguendum erit.

Quæ 21. Vnde quadriennium iſtud reſtitutioni præfixũ, cõputari incipiat?

Minori porro non ſolum ante maiorennitatem & impletum vigeſimum quintum annum, reſtitutio datur *l. 5. C. de in integrum reſtit. minor. l. 1. C. ſi aduerſ. vend. pign. l. 1. Codic. de temp. reſtit.* ſed etiam poſtquam factus eſt maior viginti quinque annis, ſic vt ex quo dies primus vigeſimi ſexti anni illuxit, quadriennium currat, dummodo dies iſte vtilis fuerit, eoq́ue experiundi facultatem minor habuerit *dict. l. fin. C. de tempor. reſtit.*

Et hoc rationem habet manifeſtiſſimam, hanc ſcilicet quod quæ exceptio aduerſus minoris ętatis ſilentium obiici poteſt, ea ſit temporalis: atqui præſcriptiones & exceptiones temporales non currunt minoribus *l. vlt. C. in quibus cauſis in integrum reſtitut.* Proinde, etſi intra minorennem ætatem non petierit minor beneficium reſtitutionis in integrum; tamen ea tempore præſcripta & extincta non eſt, ſed poſt completam minorennem ætaté intra quadriennium continuum competet; ita vt quadriennium ex die primo anni 26. in diem extremum anni 29. computetur.

Sicut autem in minorum reſtitutione ſubducitur ætas minorennis, ita quoq; in reſtitutione maiorum ſubducetur cauſa abſentiæ vel quęvis alia legitima, qua quis occupatus non petiit in integrum reſtitutionem, ſic vt abſenti & tali cauſa occupato, quadriennium ex eo demum numeretur die, quo reuerſus eſt aut quo impedimentum, ob quod reſtitutio petitur, finitum eſt. Duaren. *d. loc.* Cuiac. *ad tit. Codic. de temp. in integr. reſtit.*

Quę. 22. An quadriennium currat ignoranti?

Sed vtrum ignorantia quoque excipiatur, h. e. vtrum ignoranti currat hoc quadriennium, ita vt ſi ignorauerit ſe læſum eſſe ſibiq; eo nomine in integrum reſtitutionem competere, hoc tempus ignorantiæ in quadriennium computetur?

Autor noſter affirmat ignoranti quoq; currere quadriennium: idq́ue propterea quod in præſcriptione non habeatur ratio ſcientiæ aut ignorantiæ *l. fin. C. de praſcript. long. temp. in verb nulla ſcientia vel ignorantia expectanda*, vnde colligitur omnes pręſcriptiones currere, non minus adverſus ignorantes, quam ſcientes.

Itaque & hæc quadriennii præſcriptio curret aduerſus ignorantem. Sed huic ſententiæ grauiſſime aduerſatur conſtitutio Iuſtiniani in *dict. leg. finali. Cod. de temp. in integrum reſtitut.* vbi conſtituit & ſancit Imperator, vt quadriennium currat ex eo die, ex quo olim vtilis annus cucurrerit.

Atqui notiſſimum eſt vtilem annũ demum currere ex die ſcientiæ, nec currere aduerſus ignorantem, proinde & quadriennium non curret ignoranti, ſed ex tempore demum ſcientiæ currere incipiet.

Qu. 23. An qua-

Sed vtrum non reclamante, nec prohibente aduerſario, etiam poſt quadrienniũ

elapſum

Digitized by Google

driennio elapſo adverſus eū, qui non contradicit, detur reſtitutio?

elapſum fieri poſſit in integrum reſtitutio, controuerſum eſt?

Pro negatiua opinione facit primò, quod tempus quadriennii præſcriptum & præfinitum ſit à lege, fas autem non ſit à forma, præſcripta à lege, recedere.

2. Quod reſtitutio ſit aduerſus ius commune, igitur refrenari potius, quam ampliari & extendi debeat *arg. l. quod verò. ff. de legib. l. quod contra. ff. de reg. iur.*

3. Inſuper certi iuris eſt, quod ſententia lata poſt triennium, præfixum ad inſtantiā terminandam in *l. properandam C. de iudic.* non teneat cum lapſus ſit terminus: itaq; nec reſtitutio, poſt terminum quadriennii lapſum, petita vllius erit efficaciæ.

Verum his rationibus nihil motus, ſententiam contrariam, quod ſcilic. etiam quadriennium elapſum poſſit reſtitutio, adverſario non reclamante, peti veriorem & tutiorem eſſe arbitror.

Pro qua inprimis facit, quod quilibet iuri pro ſe introducto renunciare poſſit, vel expreſſè, vel tacite *l. penult. C. de pact.* atqui in fauorem eius, aduerſus quē reſtitutio petitur, receptū eſt, vt intra quadriennū peti debeat reſtitutio, nec, eo elapſo, amplius poſtulari debeat: igitur huic favori ſuo poteſt renunciare ac permittere, vt tempus reſtitutionis prolongetur, & poſt etiam quadrienniū petatur: id quod facere videtur, dum ſibi exceptionem, qua aduerſarium, poſt quadriennium reſtitutionem petentem, repellere poſſit, competere ſciens, ea non fuit vſus.

Accedit quod in *l. 6. C. de temp. in integr.* petente actore non dilatetur vel prorogetur quadrienniū, petente autē reo prorogetur: ita vt talis prorogatio proſit quoq; actori. Cui ſane conſequens eſt, quod ſi actori cōſentiat reus & prorogationē fieri permittat, tunc etiam poſt quadriennium peti poſſit reſtitutio. Nihil tamen refert expreſſè an tacite conſentiat reus.

Nec refragantur præcedentis opinionis argumenta: nam ad primum reſpondetur, ſi forma, à iure præſcripta, rem alicuius familiarē ſpectet, tum ab ea, conſentiente & volente eo, ad cuius vtilitatē pertinet, recedi poſſe *arg. l. 7. §. 14. ff. de pact.* in propoſito autem forma petendæ reſtitutionis, quoad temporis definitionē, præſcripta in *l. fin. C. de temp. in integr. reſtit.* rem familiarem atq; fauorem & vtilitatē eius concernit, aduerſus quem reſtitutio petitur. Itaque ab hac forma ipſo conſentiente expreſſè vel tacitè recedi poteſt.

Ad ſecundum reſpōdet Mauritius: reſtitutionem in integrum tanquam remedium extraordinariū refrenandā eſſe, volente ita aduerſario, cuius intereſt eam refrenari. Extendendā verò & ampliandam illo permittente & conſentiente aduerſario, vt cuius in poteſtate ſit fauori ſuo renunciare.

Ad tertium reſpondet Mauritius, quod cautum eſt in *d. l. properandum.* de triennali inſtantia, vt poſt eius lapſum ſentētia lata nulla in re locum non habere, vbi partis contrarii conſenſus appareat, atq; parte volente fiat *arg. d. l. pen. C. de pact.*

Qu. 24. *An ſi læſio ſit minoris tēporis quadriennio, nihilominus quadriennium petenda reſtitutioni concedatur?*

Poſtremo dubiū eſt, vtrum, ſi minore tempore quadriennio quis læſus ſit, quadrienniū nihilominus ad reſtitutionē cōcedatur? vtputa rem meā mobilem poſſediſti per trienniū & vſucepiſti, me ex iuſta cauſa abſente, quæritur hic, quia tempus læſionis eſt duntaxat trienniū anne ad reſtitutionem triennium, an vero quadrienniū, mihi concedatur? Et quod tantum duntaxat temporis, quantū eſt ipſum læſionis tempus, concedatur & non quadriennium, ſi illud minus eſt quadriennio, tenuit Iaſon & Bartol. qui potiſſimū moti fuerunt *l. 1. §. conditionalis. ff. quæ in fraud. credit.* vbi diſponitur, omnia in ſtatū priſtinū reponi, & ſi cōditionalis fuerit obligatio, cum ſua conditione, ſin vero in diem cum eadē die eſſe reſtituendā. Si autē talis eſſet cuius dies finiretur, reſtitutionē intra tantum tempus poſtulandam, quod ſupereſt obligationi, non vtique intra annum.

2. Sum

2. Suam præterea ſententiam probari putant eo, quod in *l. 26. §. 8. ff. ex quibus cauſis maior*, vbi dicitur: *Quotiens per abſentiam quia non toto tempore aliquem excluſit; vt ſi rem tuam poſſederim vno minus die ſtatuto in vſucapionibus tempore deinde Republicæ cauſa abeſſe cœperim reſtitutionem aduerſus me vnius diei faciendam*

Ab hac autem Bartoli opinione pleriq; diuortium faciunt, quibus & author noſter accedit, ſtatuentes, etſi tempus læſionis minus ſit quadriennio, tamē ad petendam reſtitutionem quadriennium dari.

1. Quia hoc prope diſertis verbis ſcriptum eſt in *Clement. vnic. de reſtit. in integr.* in qua expreſſe & ad literam diſponitur: Eccleſiam toto quadriennio poſſe reſtitui, etiamſi ipſum læſionis tempus minus quadriennio extiterit: verba Pontificis hæc ſunt: *Ab Eccleſia aduerſus lapſum temporis in quo ſe læſam affirmat, in integrum reſtitutio peti poteſt, & reſtitutionis huiuſmodi cauſa finiri debet intra quadriennium continuum à tempore læſionis, etiamſi minus quadriennio tempus læſionis extat; ſed non fiat reſtitutio niſi ad tantum tempus, quantum ſe læſam probabit.*

Equidem Bartolus ad hoc fundamentum reſpondet; ſingulare eſſe in Eccleſia, quod ſi minus quadriennio ſit tempus læſionis, tamen quadriennium ei ad reſtitutionem petendam indulgeatur: Proinde exiſtimat ſpecialitatem hanc arguere, ius commune eſſe in contrarium *argum. l. 1. ff. ad municip.*

Sed hoc ipſo manifeſte petitur principium, quod tanquam verum & indubitatum præſupponitur à Bartolo, ſpecialiter in Eccleſia receptum eſſe, quod de ea in *d. Clementin. vnic. diſponitur.*

2. Accedit quod in *l. fin. C. de temporibus in integrum reſtit.* à Iuſtiniano Imperatore præfixum eſt quadriennium petitioni reſtitutionis in integrū, nulla penitus facta diſtinctione læſionis maioris, ſiue minoris temporis. Hinc igitur dicendum, ſemper & indiſtincte reſtitutionem intra quadriennium poſſe peti, ſiue maius, ſiue minus fuerit tempus læſionis quadriennio.

3. Accedit deniq; quod quadriennium ſucceſſerit & Iuſtiniani conſtitutione ſurrogatum fuerit in locum anni vtilis *dict. l. fin. Codic. de temp. in integrum reſtitut.* Atqui annus vtilis olim dabatur, & tunc ad petendam reſtitutionem quando minoris temporis erat læſio: quocirca idem dicendum eſt de quadriennio, à Iuſtiniano reſtitutioni præfinitum.

Quæ in contrarium à Iaſone & Bartol. adducuntur exigui ſunt momenti: non enim allegatæ leges loquūtur de tempore ad petendam in integrum reſtitutionem competente: ſed de tempore per reſtitutionem in integrū reſtituendo, & hoc ſolum volunt, quod reſtitutio nō plus temporis reddat, quam læſio abſtulerit, ſed ſi vna fortaſſis die aliquis læſus ſit, tunc ad vnam diem reſtitui poſſit, ſic tamē vt eius diei reſtitutio intra quadriennium continuum poſtulari queat.

Et hactenus quoad tempus petitioni reſtitutionis præfixū nulla eſt reſtitutionis maiorum & minorum differentia; vt quos hactenus per omnia exæquet Iuſtiniani conſtitutio.

Hoc equidem intereſt inter maiores 25. annis, & eos qui Reipublicæ cauſa abſunt; quod minores annis, etiam qui per tutores curatoreſve ſuos defenſi ſunt, nihilominus in integrum contra rem iudicatam (alias Remp.) reſtituuntur, cognita ſcil. cauſa: ei vero, qui Republic. cauſa abſit, cæteris quoque qui in eadem cauſa habentur, ſi per procuratores ſuos defenſi ſunt, hactenus in integrum reſtitutione ſubuenire ſoleat, ait Macer in *l. fin. ff. de reſtit. in integrum.*

In qua lege notat author noſter, pro Rempubl. legendum eſſe rem judicatam quod probat Antonius Goueanus *1. variar. lect. 43.* eumque ſecuti Cuiacius & Ant. Faber. Idq; propterea quod in iſta *lege fin.*

Ddddd minor

minor non opponatur Reipublicæ quaſi aduerſarius, ſed quaſi fauorabilior, etiam aduerſus alium quemlibet agens, quàm Reſpub. agens contra quoslibet alios, etiam qui non ſunt minores, minoribus etiam defenſis detur reſtitutio citra appellationem: iis vero qui Reipubl. cauſa abfuerunt non, niſi hactenus, vt iis permittatur appellare.

Deinde & ideo rem iudicatam putat ſubſtituendũ, quia ipſa legis rubrica & inſcriptio ſignificet ICtum loqui de re iudicata: inſcriptio enim ſic habet: *Macer lib. 2. de appell.* Huic autẽ mendo cauſam dediſſe exiſtimat Goveanus contractionem ſcripturæ: cum enim ſcriptum fuiſſet *rem iud.* propter ſimilitudinem literarum, librarios *Rempubl.* ſubſtituiſſe opinatur.

RESOLVTIO THESIS QVARTÆ.

Litera A. HIs generalibus in integrum reſtitutionis præmiſſis ſequitur, vt ordine de ſingulis ſpeciebus reſtitutionis diſſeramus, de his vero ita ICti: *Prætor*, inquiunt, *hominib. vel lapſis, vel circumſcriptis ſubuenit, ſiue metu, ſiue calliditate, ſiue ætate, ſiue abſentia inciderunt in captionem, ſiue per ſtatus mutationem, aut iuſtum errorẽ l. 1. & 2. ff. de reſtit.*

Prima itaq; cauſa reſtitutionis in integrum eſt METVS, quo iniecto, quis aut dedit aliquid aut promiſit: ad hoc enim, quod metu geſtum eſt, reſcindendũ prætor reſtitutionem in integrum pollicetur: ſic enim prætor edicit, *quod metus cauſa geſtum eſt ratum nõ habebo l. 1. ff. quod met. cauſ.* Et in *l. 7. §. ait prætor. ff. de pactis*: ea pacta prætor ſe rata habiturum pollicetur, quæ metu extorta non fuerint.

Quid igitur METVS ſit primo explicandum: & Vlpianus in *leg. 5. ff. quod met. cauſ.* definit metum, quod ſit timor maioris malitatis: alii paulò aliter, quod ſit pauor, conturbatio, conſternatio & trepidatio mentis, ex qua abiicimus & demittimus animum. Borcholt *de tranſact. capit. 3. num. 105.*

Vnde Iulius Scaliger, metum deriuat ἀπὸ τοῦ μεθιέναι, quod ex eo amittatur conſtantia & omne conſilium abiiciatur.

Obſeruandum tamen eſt, quod metus voluntatem & conſenſum non penitus excludat, ſed quod coactus etiam velle & conſentire cenſeatur, quamuis conſenſus non planè ſit liber.

Hinc Paulus in *l. ſi coactus. 17. ff. qui & à quib.* coactum ait accommodaſſe voluntatem ſuam.

Et in *l. 21. §. 5. ff quod met. cauſa.* Coactus velle dicitur: vnde vulgare iſtud natum, *coactus conſenſus, etiam eſt conſenſus, & coacta voluntas eſt voluntas*, quamuis non libera.

Item in *l. 22. ff. de ritu nupt.* filiusfamil. à patre coactus, matrimonium inire voluiſſe expreſſe dicitur.

Et denique, quod metus non omnem excludat conſenſum, ſed qui metu coactus quid facit, conſentiat, clàre & perſpicue probat *l 13. in verb. nec tamẽ quilibet metus ad reſcindendum ea, quæ* CONSENSV *terminata ſunt, ſufficit. C. de tranſact.*

Neq; huic ſententiæ reſiſtit, quod voluntati ſit contraria vis & neceſſitas *l. 1. ff. quod met. cauſ.* contraria autem ſimul ſtare & ſubſiſtere nequeant: reſpondet enim Pacius, conſiderandas hìc eſſe duas volũtates; quarum vna antecedat metũ, altera vero eum ſequatur: priori voluntati metus & vis ſunt contraria, ideoq; eam tollunt: ſed poſteriori voluntati contraria nõ ſunt, ſed eam efficiunt: etenim antequam aliquis metu aut vi cogebatur nolebat, at poſtquam coactus eſt, volebat. Verbi cauſa: latro coegit aliquem vi aut metu iniecta promittere pecuniam: antequam hæc vis aut metus inferebatur, nolebat vtiq; dare pecuniam: at metu iniecto, aut vi illata, vult dare pecuniam. Atque hoc eſt quod autor noſter ait: metum tollere liberam voluntatẽ, ſi eius principium intueamur, non ipſum violandi actum, deinde Iacobus Cu-

Digitized by Google

bus Cuiacius reſpondet principium eſſe neceſſitatis poſt-principium, ſiue quod principium ſequitur, eſſe voluntatis.

Eleganter vero Antonius Faber id, inquit quod quis coactus facit non tam voluiſſe eum videri, quam maluiſſe, *l. 22. Digeſt. de ritu nupt.* dum inter duo mala minus eligit.

Quæ reſponſio congruit ſententiæ Ariſtotelis, qui huiuſmodi actionem, metu aut vi extortam, mixtã appellat; eò quod partim voluntaria ſit, partim involuntaria: vt ſi mercator, nauis leuandæ cauſa, merces in mare eiiciat; non vult quidem merces ſuas perdere, ſed mavult tamen eas perdere, quam vna cum illis perire. Quin etiam huiuſmodi actiones magis ſpontaneas quam inuoluntarias dicendas aliquot rationibus probat Philoſophus *3. Ethic. 1.* præſertim verò inde quod principium agendi nõ ſit extrinſecus, ſed in eo ipſo, qui aliquid coactus facit, qui tamen mallet non facere, ſi vi aut metu non cogeretur.

In ſumma metus non excludit ſimpliciter voluntatem & electionem: ſed voluntatis & electionis duntaxat libertatem tollit.

Cæterum quia libera hominũ voluntas in negotiis gerendis eſſe debet, quamuis & coacti velle dicamur; ideo prætor aduerſus ea, quæ vi metuve geſta ſunt, reſtitutionem dare, eademque reſcindere pollicetur *d. l. 1.*

Sed hoc ita demum, ſi metus illicitè & contra bonos mores fuerit iniectus. Non ſi reuerentia quadã perſonarum incutiatur: nec ſi à magiſtratu iure licito inferatur *l. 3. ff. quod met. cauſ.* Deinde intelligitur hoc loco ille metus qui in conſtantẽ hominem cadit. *Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, ſed maioris malitatis,* ait Vlpianus in *l. 5. ff. hoc tit.* Et Gaius, *Metũ,* inquit, *non vim hominis, ſed qui merito & in hominem conſtantiſſimum cadat ad hoc edictũ pertinere dicemus l. 6. eod.* h. e. talem metum, qui ſalutis periculum vel corporis cruciatum contineat *l. 13. C. de tranſact.*

Hinc nec timorem infamię hoc edicto contineri Pedius dicit libro ſeptimo. *Neq; alicuius vexationis timorem per hoc edictu n reſtitui. Proinde ſi quis meticuloſus rem nullam fruſtra timuerit, per hoc edictum non reſtituitur: quoniam neq; vi neq; metus cauſa factum eſt l. 7 eod. tit.*

Atq; huc referenda eſt illa regula iuris; vani timoris iuſta excuſatio non eſt. *l. 184. de reg. iur.* Item vani timoris ęſtimatio nulla eſt *l. 13. pr. ff. de re iudicata.*

Quocirca ille duntaxat metus ad reſtitutionẽ iuſtus reputatur, qui, vt dixi, cum periculo vitæ vel libertatis cõiunctus eſt, vel etiam corporis cruciatum continet. *l. 4. cum ſeq. hoc tit.*

Quid autem ſi cum periculo famæ cõiunctus fuerit? anne & hic ad reſtitutionem iuſtus reputabitur? Quæ. 25. *An metus infamiæ ad reſtitutionẽ ſit iuſtus?*

Res vtiq; dubia videtur: nam quod infamiæ metus non ſit iuſtus ad reſtitutionem petendam, videtur aperte confirmare Vlpianus in *l. 7. princ. ff. hoc tit.* vbi nec timorem infamiæ hoc edicto contineri Pedius libro ſeptimo ſcribit.

Et Donellus *lib. 15. cap. 38.* ait, non idcirco reſtitutionem non tribuere metum infamiæ, quia non ſit per ſe iuſtiſſimus; ſed quod quicunque is metus eſt, non infertur ab alio: non ſane ab eo qui infamiam minatur, vt qui id quod minatur non poſſit facere: quandoquidem quiſque infamis efficitur iure & facto ſuo non alienis conuiciis aut opera ſua *leg. 1. Digeſt. de his qui not. infamia.* Quod ſi autem quis contrà putat, & ob id metuit infamiam ab alio minitante illatam iri, hunc metum ſibi fingit, errore iuris, non ab alio illatum accipit.

Subſcribit huic ſententiæ etiam Antonius Faber in *rationalib. ad d. l. 7. pr.* vbi ait, metum infamiæ non cuiusuis, ſed ſtupri iuſtum eſſe ad reſtitutionem.

Sed ꝙ infamiæ metus iuſtus ſit, qui re-

Digitized by Google

ſtitutionem mereatur, verior eſt ſententia, quæ confirmatur his ſequentibus rationibus.

1. Quia vita & fama pari paſſu ambulant *l.9.Digeſt. de manumiſſis vindict.* & infamiæ metus viris bonis maior eſſe debet, quam mortis, *l. 8. §. penult. ff. de his, qui not. infam.* Atqui metus mortis eſt ad reſtitutionem iuſtus *l.3. in fine. eodem titul.* proinde & metus infamiæ.

2. Quia Paulus ICtus in *l.8.§.2. ff. eodem* ſcribit: *Quod ſi quis dederit quippiam, ne ſtuprum patiatur vir ſeu mulier, edictum locum habere, cum viris bonis iſte metus maior, quam mortis eſſe debeat.*

Et quanquam Antonius Faber in loco ſupra citato conetur hoc ad metum infamiæ ſtupri reſtringere, quia ICtus vtatur particula ISTE: non tamen hoc admittendum, quia ratio, ob quam huius infamiæ pœna reſtitutionem tribuit, in quauis etiam alia infamia locum obtinet. Particula verò, ISTE non habet vim reſtringendi, ſed demonſtrandi.

Non obſtant quæ pro contraria opinione adducta fuerunt. Nam rectè Interpretes noſtri *d.l.7.pr.* interpretantur de leui duntaxat criminatione ac diffamatione verbali, non etiam de pudore & infamia reali, quia cum verborum atrocitate factum concurrere oportet *l.3. in fin. in verb.* terrorum verborum extorſit *l. 9. in verb.* Non iactationibus, ſed atrocitate facti. *ff. quod metus cauſa.* Weſenbec. *in parat. ff. quod met. cauſa.*

Ad argumentum Donelli reſpondeo, metum infamiæ iuſtum, ab alio quoq; inferri poſſe: Quid enim ſi quis deprehenſum in aliquo crimine; cuius pœna infamia eſt, deferre fuerit minatus & alter infamiam metuens, aliquid dederit, vtique hunc infamiæ metum ſibi intuliſſe nemo dici poteſt *arg. l.7.§.1. ff. quod met. cauſa.*

Non denique refragatur *l. 6. Cod. de his, quæ vi metusve cauſ.* in qua aiunt veri & iuſti metus cauſas recenſeri duntaxat mortem, cruciatum corporis, vel capitales minas.

Reſpond. Nam ibi metus infamiæ non excluditur neque negatur, quod is iuſtus ſit ad reſtitutionem: cum illic Imperatoribus propoſitum non fuerit vniuerſas iuſti metus cauſas recenſere, ſed præcipuas duntaxat exempli loco referre: id quod inde colligitur, quod ſeruitutis, quæ & ipſa iuſta eſt metus cauſa *l. 4. ff. quod met. cauſ.* nulla ibi mentio eſt facta.

Quæ. 26 An in iure definitũ ſit quinã iuſtus ſit metus & in conſtãtem virũ cadat?

Quanquam autem Iuriſconſultus iuſtum metum definiat eum, qui in conſtantem virum cadat *leg. metum autem. Digeſt. hoc titul. quod met. cauſ.* quia tamen & definitio non ſatis eſt perſpicua, qui nam videlicet metus cadat in virum conſtantem, non immeritò, de huius definitione quæſitum eſt? Variè autem gradus varios metus diſtinguendo rem hanc determinant interpretes; mihi tamen illorum placet ſententia, qui ſtatuunt, hoc vtrum metus iuſtus ſit, an verò non, arbitrio iudicis determinandum relinqui: ita Menochius *2. arbitr. iudic. quæſt. 135.* Sarmient. *libr. 2. ſelect. interpretat. cap. 21. num. 2.* Covarruvias *de ſponſalibus p.2. cap.3 §.4. num. 8.* Alciat. *reſponſ. 5. nu. 5.*

1. Quia regula iuris certiſſima eſt ac veriſſima, quod id iudicis arbitrio & diſcretioni diiudicandum cenſeatur relictũ, quod in legibus definitum & determinatum non eſt *leg. 1. Digeſt. de iure delib.* Atqui nuſpiam in toto iure definitum ac determinatum hoc eſt, quinam metus in conſtantem virum cadat (quanquam ſint nonnullæ cauſæ legibus definitæ, quæ in omnibus perſonis æque iuſtum metum inducunt & in conſtantem virum cadunt; nempe metus mortis, corporis cruciatus ſeruitutis infamiæ, de quibus ſupra) hoc igitur relinquendum eſt arbitrio iudicis definiendum.

2. Et quod non poſſit certa regula comprehendi qualis ſit metus, qui ſufficiat & non

non leuis cenſeatur, ſed iudicantis prudẽtiæ id cõmittendum ſit, claris & perſpicuis verbis docet Vlpianus *in l. Metus autem. 3 ff. ex quibus cauſ maior. Metus autem cauſa abeſſe videtur, qui iuſto timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abeſt, & hoc ex affectu eius intelligitur. Sed non ſufficit quolibet terrore abductum timuiſſe; ſed huius rei diſquiſitio iudicis eſt.* Iudex igitur prudẽs metum iuſtum æſtimabit ex perſonarum qualitate, factique circumſtantiis.

3. Denique facti quæſtio ſemper poſita eſt in arbitrio & religione iudicantis *l. 1 §. 1. verſ. quorum alterum. ff. ad SC. Turpill l. ordine. 15. ff. ad muni. l. voluntarij. 6. C. de fideicomm.* Atqui anne iuſtus metus ſit, qui in conſtantem virum cadat, quæſtio facti magis eſt, quam iuris. Proinde huius deciſionem in arbitrio iudicantis eſſe oportet.

At diceret aliquis: Annon in iure definitũ eſt, qui nam ſit metus iuſtus, quiq; in conſtantem virum cadere poſſit? Annon hoc ſatis aperte determinant Vlpianus & Paulus *in l. 3. in fine & l seq. 4. ff. quod met. cauſ.* dum aiunt iuſtum metum eſſe Mortis, verborum, ſeruitutis. Et *in l. 7. C. de his quæ vi metusue cauſa.* Impp. Dioclet. & Maxim. metum mortis, cruciatus corporis & capitalium minarum ad reſtitutionẽ iuſtum ac ſufficientẽ eſſe ſanciunt. Iidemque Imperat. *in l. 13. C. de tranſact. Talem*, inquiunt, *metum probari oportere, qui ſalutis periculum vel corporis cruciatum contineat.* Cum igitur adeo perſpicue legibus noſtris definitum & determinatum ſit, quinam metus iuſtus ſit, & in conſtantem virum cadat, non videtur hoc arbitrio, diſcretioni & religioni iudicis relinquendum *arg. d. l. 1. ff. de iure deliber.*

Reſp. Sed non eſt vt quenquam hæc obiectio moueat: Fateor etenim quaſdam iuſti timoris cauſas & ſpecies in iure recenſitas eſſe, ſed omnes certa definitione comprehenſas nego & pernego. Id enim ſingulæ leges modo adductæ ſatis ſuperq; demonſtrant. Nam *in l. 3. & 4. ff. quod met. cauſ.* metus cruciatus corporis omittitur, quem tamen eſſe iuſtum ſtatuunt Impp. *in d. l. 7. C. quod vi metusue cauſa.* In *d. l. 7.* metus ſeruitutis omittitur, quem iuſtum eſſe Paulus *in d. l. 4.* expreſſe profitetur. Et ſane ipſemet Vlpianus ſatis oſtendit, quod non ſolus timor mortis & cruciatus corporis iuſtus ſit ad reſtitutionem, ſed quod & aliæ ſint timoris cauſæ, quæ non minus reſtitutionem in integrum mereantur, dum *in l 3. ex quib. cauſ. maior.* poſtquam mortis & cruciatus corporis meminiſſet, illosq; iuſtum facere metum dixiſſet, ſubiicit ad iudicis diſquiſitionem pertinere, quinam ſit iuſtus, ad quem edictum prætoris pertineat.

Quin etiam quinam corporis cruciatus iuſtum faciat metum, nullibi in iure definitũ reperitur, ſed pro qualitate perſonarum, quibus infertur huiusmodi metus, tum etiam ex qualitate perſonæ huiuſmodi metum inferentis, tum denique ex genere cruciatus aliisq; circũſtantiis iudex ſtatuet, vtrumne iuſte quis illum timuerit. Illud certum eſt quod metus nõ iactationibus tantum, ſed atrocitate facti debeat probari: ita Dioclet. & Maxim. *in l. 9. C. de his, quæ vi metusue cauſa.*

Quid igitur de minis dicendum, iuſtũne facient metũ? Negat Matthæus Weſenbec. Iuriſconſultus eruditiſſimus *in paratitl. ff. quod met. cauſa n 3.* Idque hoc ipſo fundamento quod metus non iactationibus ſed atrocitate facti æſtimetur. Contra vero Donellus affirmat minas ſufficere, 15. *comm.* 38.

Quas opiniones ſic conciliari poſſe exiſtimo, vt minæ iuſtum incutiant metum, ſi primo atroces fuerint & capitales, nempe mortis, ſeruitutis cruciatus corporis: vt ſi armatus dicat; niſi hoc feceris vita illico priuaberis. 2. Si minæ ab eo profectæ fuerint, qui eas quoque exequi & in effectum deducere potuerit: quia ſi id, quod minatur quis, inferre malum & pe-

riculum nequeat, etiamſi metuatur, tamen quia iuſte non metuitur, magis videtur quis ipſe ſibi hunc metum inferre, quā ab alio pati, qui eiuſmodi minas metuit. 3. Si denique is, qui minas effundit, ſolitus quoq; fuerit antehac minas exequi Weſenbec. *d. loc.* & Couaruu. *p. 2. c. 3. §. 6. n. 4.* Cypræus *de ſponſalib. c. 13. §. 16.* quāquam Zoannettus *c. 44. n. 10. quotid.* inſuper requirat vt ſæuitiam tyranni metuens in tutum locum ſeſe recipere non potuerit. Et ſane cum hic talis ſit metus, qui in virum etiam conſtantiſſimum cadat, merito pro iuſto reputabitur.

Quod igitur *in d. l. 9. C. de his, quæ vi metuue cauſa.* dicitur, non iactationibus, ſed atrocitate facti metum eſſe probandum, id de minis à vano aliquo & glorioſo homine profectis, qui talium nihil facere poteſt, aut nihil facere ſolet, qualia minatur, intelligi debet. Sichardus *ad d. l. 9.*

Qu. 27. *An ob quemuis, etiam vanum metum, detur in integrum reſtitutio?*

Ex his proinde intelligitur non ob quemuis metum ei qui occaſione eius damnum eſt paſſus, ſubueniri reſtitutione in integrum, ſed ob metum ſolum iuſtum qui & conſtantem virum mouere poteſt. *l. 3. in verb. ſed non ſufficit, quolibet terrore abductum timuiſſe, ſed huius rei diſquiſitio iudicis eſt. Digeſt ex quib. cauſ. maior. l. 13. in verb. nec tamen quilibet metus ad reſcindendum ea, quæ conſenſu terminata ſunt, ſufficit, ſed talem metum probari oportet, qui ſalutis periculum vel corporis cruciatum contineat. C. de tranſact. c. Conſultationi. extr. de ſponſal.* Veruntamen quod ob quemuis metum, etiam vanum, reſtitutio in integrum cōpetere debeat, his rationibus euinci ac probari videtur.

Primo enim regula iuris certiſſima eſt, quod nemo debeat locupletari cum alterius iactura & iniuria *l. 206. de R. iud.* quodque impius ex ſuo maleficio lucrum ſentire ac commodum percipere non debeat: atqui in propoſito id contingeret: ille enim qui metum facit impunitus non ſolum maneret, ſed etiam ſi id, quod metu extortum eſt, ipſi non auferretur, nec metu geſtum reſcinderetur, lucrum ſentiret ex ſuo maleficio & cum alterius detrimento locupletaretur. Finge enim Titiū ab honeſto homine & modeſto pecuniam petere, & neganti, minas & opprobria adiicere, & niſi pecuniam det ſe non diſceſſurum, quieſcentiq; obſtrepere; ideo hunc magis iactare pecuniam, quam cum homine iniurio contendere, aut malum ei per ſe vel ſuos inferre velle: hic ſi id, quod huiuſmodi metu extortum eſt impudenti illi & improbo relinquitur nec in integrum reſtitutione ſubuenitur, metum talem paſſo, lucratur vtique homo improbus cum alterius iactura pecuniam. Atqui improbis hominibus leges noſtræ non fauent, nec probos & modeſtos deſtituunt, *l. ſi quis cum ſciret verſ. niſi forte Digeſt. de vſu cap. pro empt. l. 1. verſicul. Cum inter. ff. ad SC. Macedon.* proinde per reſtitutionem & ei ſubveniendum, qui metu etiam non iuſto adactus promiſit quippiam aut dedit.

2. Deinceps quotiens vnus in culpa eſt, & alter in dolo, atque ille, qui in culpa eſt, laborat de damno vitando, alter vero, qui eſt in dolo, ſollicitus eſt de lucro faciendo & captando, toties illi potius, quam huic ſubueniri debet, eiusque potior & melior conditio erit, quam huius *l. Si obſtetrix §. final. ff. ad L. Aquil.* Atqui ſi quis metui, qui non cadit in conſtantem hominem, acquieſcit, eſt in culpa; ſed ille, qui ei metum talem infert, eſt in dolo *l. ſi cum exceptione. §. eum qui. Digeſt. quod met. cauſa.* Igitur potior debet eſſe conditio eius, cui metus eſt factus, quique aliquid dedit aut promiſit ex tali metu, quam metum facientis.

3. Denique cautum eſt in iure noſtro, quod is, qui leuiter aduerſario ſuo mētienti credidit excuſetur, quia licet hic fuerit culpa, cum potius vocationi iudicis debeat obtemperare quam leuiter aduerſario

ſacio credere; tamen quia aduerſarius eſt in dolo, culpa euaneſcit nec attenditur, hoc expreſſum eſt *in l. 1. §. dolum. Digeſt. de eo per quem fact. erit.* vbi Vlpianus: *Dolum autem malum ſic accipimus, vt ſi quis venienti ad iudicium aliquid pronunciauerit triſte, propter quod is neceſſe habuerit ad iudicium non venire, teneatur ex hoc edicto, quamuis quidam putent, ſibi eum imputare debere, qui credulus fuerit. Quocirca & hic dolus inferentis metum potius quam culpa leuiter acquieſcentis conſiderari debet, vt is potior ſit, qui minus deliquit.*

Et ita poſt Hoſtienſem *in cap. verum. extra de iureiur.* ſtatuit Sarmientus. Ad textus vero iſtos, qui atrocem & iuſtum metum deſiderant, reſpondet Hoſtienſis, atrocem metum requiri, quoad edictum prætoris: ſed tamen etſi non ſit atrox, officio iudicis ei ſubueniri qui metum ſit paſſus, per *l. fin. §. prim. Digeſt. quod met. cauſa.*

Sed hac reſponſione reiecta Sarmientus reſpondendum exiſtimat hoc modo diſtinguendo, vt ſi actio quod metus cauſa intenditur aduerſus tertium poſſeſſorem, qui doli aut fraudis particeps non fuit, æquiſſimum ſit vt ea non detur, niſi metus fuerit talis, qui in conſtantem virum cadere poſſit: aduerſus ipſum vero, qui metum fecit detur etiam tunc quando metus talis iuſtus non ſubeſt.

Verum plane diuinatoria eſt hæc diſtinctio, nec difficultatem expedit, nec addictis rationibus ſatisfacit: ſed illi generalitas adductorum textum, atrocem & iuſtum metum deſiderantium, grauiter aduerſatur: quin & aperte loquuntur illi textus de negotio metu extorto, aduerſus ipſum metum facientem, reſcindendo.

Proinde ſic potius ſtatuendum cenſeo, iuſtum metum deſiderari edicto prætoris, cum de negotio reſcindendo & reſoluendo agitur; ſiquidem id, quod ſemel placuit ac conſenſu mutuo geſtum eſt, ſine graui cauſa reſcindi non debet. Et de actu metu extorto reſcindendo omnes loquuntur textus, vt & ipſum prætoris edictum, qui iuſtum deſiderant metum. Hoc itaque volunt quod propter metum id quod geſtum eſt reſcindi non debeat, nec reſtitutio in integrum ſit concedenda niſi iuſtus & atrox ſit metus. Ex quo tamen non ſequitur quod id, quod metu impie extortum eſt ipſi, qui metum fecit, relinqui eiuſque lucro cedere debeat. Sed datur aduerſus eum actio, quod metus cauſa in quadruplum *l. 9. Digeſt. quod met. cauſ. §. quadrupli I. de act.* quæ recta & ſtatim ex maleficio naſcitur, nec deſiderat præcedentem in integrum reſtitutionem magiſtratus Donellus. 21. *commen. 5.*

Lit. B. Qu. 28. *An cõtra actum iuramento confirmatum detur in integrum restitutio?*

Et quidem ſi actus iuramento confirmatus non fuerit, reſtitutionem ex cauſis ſupra recenſitis, & *in l. 1. & 2. Digeſt. de reſtit. in integr.* enarratis fieri, dubium nullum eſt. Quid vero dicendum, ſi quis iuramento, per vim aut metum extorto, huiuſmodi actum confirmarit? Anne & tunc reſtitutioni locus erit?

Et quidem, aliorum ſaluo iudicio, diſtinguendum exiſtimo, ſic vt ſi ex cauſa doli, vis aut metus reſtitutio competat, iuramento non obſtante, reſtitutio ſit concedenda, ſin vero ex alio quodam capite, videlicet abſentiæ iuſtæ, ætatis &c. reſtitutionem non concedendam eſſe arbitror.

Diſtinctionis huius fundamentum perſpicuum eſt: cum enim actus per ſe illicitus ſit & iure improbatus, qui dolo, vi aut metu contra bonos mores extorquetur *tot. titul. Digeſt. de dolo. & tit. quod met. cauſa.* non poteſt iuramento confirmari & corroborari: quandoquidem iuramentum comitem habere debet

Iuſti-

Digitized by Google

Iuſtitiam, nec vinculum eſſe debet iniquitatis *cap. Cum contingat, extr. de iureiur. cap. non eſt obligatorium de regul. iuris.*

Quod ſi actus ipſo iure non eſt nullus, nec iure illicitus, nec bonis moribus contrarius, licet ex cauſa abſentiæ, vel ætatis, aut ſtatus mutationis reſcindendus veniat; cum ſi iuramento confirmatus fuerit, ne periuriis feneſtra aperiatur, placet reſtitutioni locum non eſſe *Authent. Sacramenta puberum. Codic. ſi aduerſ. vendit.* de qua ſub theſi 9. differendi occaſio dabitur.

Qu. 29. *An cōtra iuramentum vi vel metu extortū reſtitutio competat?*

Quod ſi ipſum quoque iuramentum vi vel metu extortum fuerit, dubium nullum eſſe poteſt, quin non ſolum actum præcedentem non corroboret, ſed & ipſum nullarum ſit virium. De iure ciuili res plana & expedita eſt, ita enim textus hac de re extat dilucidus *in l. 7. §. 16. Digeſt. de pact. & in l. 5. Codic. de legib.* Iure Canonico idem perſpicue definitum eſt *in cap. quamuis. de pact. in ſext.* Eodemque pertinet *cap. cum contingat. extr. de iureiur.* Nec hic diſtinguendum qualis ſit actus ille cui acceſſit iuramentum, vi metuue, aut dolo extortum *d. cap. quamuis.*

Qu. 30. *An à iuramento vi vel metu extorto abſolutio ſit petenda?*

Sed vtrum à tali iuramento abſolutio ſit impetranda, antequam reſcindatur per reſtitutionem in integrum quæritur? Equidem plerique Canoniſtæ hoc affirmant, ne periurium incidat, qui contra tale iuramentum in integrum reſtitutionem petit. At Iuriſconſulti pro contraria militant ſententia, contendentes abſolutione opus non eſſe.

Maioris perſpicuitatis gratia hoc modo controuerſiam hanc expediendam exiſtimo: vt abſolutio à iuramento requiratur, ſi actus cui acceſſit, non fuerit illicitus nec contra vtilitatem publicam. Et ratio eſt quod tale iuramentum non ſit ipſo iure nullum, ſed teneat iurantem illique vinculum iniiciat; & ideo ab illo vinculo abſolutionem impetrare neceſſum habebit iurans. Vt ſi quis iuraſſet, metu coactus, ſe rem ſuam alii venditurum eſſe, quod illicitum non eſt.

Sin vero iuramentum ſit de re illicita, bonis moribus contraria, adeoque ipſum iuramentum vergat in æternæ ſalutis diſpendium & in publicum redundet detrimentum, eo caſu abſolutionem plane non neceſſariam eſſe puto. Quoniam non obligat, nec vinculum iniicit iuranti, igitur à tali vinculo fruſtra deſideraretur abſolutio. Et hanc eſſe communem ſententiam Canoniſtarum, tradit Didacus Couaruu. *in relect. cap. quamuis de pact. in ſext. part. 2. princip. numer. 12. & ſequentibus.* At huic ſententiæ grauiter obſtare videtur *capit. cum quidam. §. vltim. de iureiurando.* quo probatur neceſſariam eſſe abſolutionem à iuramento præſtito de non loquendo patri vel matri, ſorori aut fratri, aut non exhibendo eis humanitatis ſubſidium, cum tamen, vt ibidem aſſerit pontifex, hoc iuramentum illicitum ſit & contrarium rationi. Etenim non loqui proximo eſt contra charitatem erga extraneos: erga patrem eſt contrarium paternæ reuerentiæ: item non ſubuenire repugnat rationi naturali & Chriſtianæ charitati. *cap. inter cætera 22. q. 4.*

Sed recte ad hanc obiectionem reſpondet Couarruuias, abſolutionem illic non requiri à iuramento, ſed à peccato, quod iurans commiſerit ita temere iurando: abſoluendumque eſſe iurantem à peccato quod commiſerit iurans, quando promiſit ſeruare id, quod in diſpendium æternæ ſalutis manifeſte vergebat. Deinde ait Couaruuias *in d. §. vltim.* abſolutionem ad cautelam potius, quam neceſſario requiri.

Aliter reſpondet Andreas Alciatus *in capit. cum contingat. extr. de iureiur. numer. 80.* ſed reſponſionem eius refellit Couarruuias *d. loco.*

Ob minas effuſas quando detur reſtitutio in integrum paulo ſupra dictum eſt,

vbi

Digitized by Google

vbi etiam expoſitum, quænam minæ iuſtum faciant metum. Quænam autem ſit aduerſus minas iuſta defenſio, & quomodo illis occurrendum, ſi res adhuc ſalua ſit, nec quicquam per eas extortum fuerit, ſubnectit hoc loco Autor noſter & ait cautionem de non offendendo petendam, qua caueat aduerſarius minitans, ſe non offenſurum eſſe cui malum aliquod & damnum minatus eſt; quæ cautio de non offendendo appellatur, hanc autem à iudice non temere eſſe decernendam, ſed tum demum, quando iuſta præcedit cauſa, metusque harum minarum iuſtus præcedit, monent Gailius *1. obſ. 4.* & Menoch. *arbitr. iudic. quæſt. 140.* Quænam autem iuſta ſit cauſa, cum nuſpiam in iure definitum reperiatur, arbitrio iudicis definiendum relinqui, poſt Bartolum, Ripam, Felinum concludit Iacobus Menochius *d. q. 140.*

Ne autem cautio hæc de non offendendo ſit infirma, nec eluſoria reddatur, iudex pœnam adiicere & contrauenienti decernere debet, *arg. l. 5. C. de legib.* vbi Marcianus Imperator prohibet in Eccleſiis ſiue templis excitare tumultus & in eos, qui contra fecerint, pœnam capitalem conſtituit.

In Camera ait Gailius, ad eius petitionem qui offenſionem timet decerni cautionem ſub pœna banni, non ſub pecuniaria pœna.

Lit. C. Promittit porro prætor, quod metus cauſa geſtum eſt reſcindere, vel actionem dare ad refundendum, vel exceptionem ad defendendum; adeoque triplex remedium illi, qui metum paſſus eſt iure defertur: in integrum reſtitutio, actio & exceptio.

Quod ad primum remedium, comparatū, id eſt, ad reſcindendum id quod metu geſtum eſt, & ad ius prius competens reſtituendum: huic vero vt locus ſit, requirit Autor noſter metu damnum datum eſſe, *l. 12. §. 2. Digeſt. quod met. cauſa.* vbi negat Iuriſconſultus locum habere reſtitutionem, quia in caſu illic propoſito nullum damnum datum fuerit nec ratio huius obſcura eſt: ſiquidem nemo in integrum reſtitui poteſt, niſi qui læſus ſit & damnum aliquod ſenſerit *l. 1. Digeſt. de reſtit. in integr.* quoniam reſtitutio ipſa nihil aliud eſt quam redintegrandæ rei vel cauſæ actio: vbi igitur res adhuc integra eſt reſtitutioni in integrum locus eſſe non poteſt. Anton. Faber. *in d. l. 12.* Adde quod reſtitutio in integrum vt & nomen ipſum ſignificat, eſt eius, quod ablatum alicui eſt, reſtitutio, redditio. Vbi itaque nullum damnum datum eſt, nec quicquam alicui ablatum eſt, ibi quoque reſtitutionem in integrum deficere neceſſum eſt.

Cum porro hic dicitur, id quod metus cauſa geſtum ſit à prætore per in integrum reſtitutionem reſcindi, quæſtio ſuboritur perplexa admodum & intricata, vtrum contractus, vi aut metu extortus, ipſo iure ſit nullus, an vero iure ſtricto ſubſiſtat & per in integrum reſtitutionem reſcindatur? *Qu. 31. An contractus vi aut metu extortus ipſo iure ſit nullus?*

Quæ quæſtio in vtramque partem à Iuriſconſultis agitatur: ego illis ſubſcribo, qui huiuſmodi contractum, metu extortum, ſi bonæ fidei fuerit, ab initio ſtatim nullius momenti eſſe contendant; adeo vt nulla reſtitutione aut reſciſſione indigeat, quia nec reſcindi poſſit, cum id demum reſcindatur, quod ſubſiſtit, quia omnis priuatio habitum præſupponit. Quod ſi ſtricti iuris ſit contractus vi metuue extortus, eum ſubſiſtere & per in integrum reſtitutionem reſcindi concedo.

Vt autem de bonæ fidei contractibus (de quibus omnis eſt controuerſia & diſceptatio) ſic ſtatuam, moueor ſequentibus rationibus.

1. In *l. 21. §. ſi dos. ff. quod met. cauſa.*

Digitized by Google

tradit Iuriſconſultus, dotem metu promiſſam nullius eſſe momenti: ſi dos, ait Paulus, metu promiſſa ſit, non puto naſci obligationem; quia eſt veriſſimum, nec talem promiſſionem dotis vllam eſſe. Quod igitur hic de dotis promiſſione aſſeritur, hoc idem in aliis quoque bonæ fidei contractibus obtinet, & quanquam Accurſius, qui contrariæ patrocinatur ſententiæ, reſpondeat hoc ſingulare eſſe in dotis promiſſione, propterea, quod dos maxime ſit fauorabilis *L.1. Digeſt. ſolut. matrimonio.*

Recte tamen Donellus hoc idcirco improbat, quia fauor dotis potius ſuadeat promiſſionem dotis, metu extortam, valere quam inualidam eſſe, quandoquidem quo quidq; fauorabilius eo magis ſeruari illud oportet: ac proinde dotis promiſſio non propterea nulla erit in propoſito quia fauor dotis id ſuadeat, ſed quia dotis promiſſio bonæ fidei eſt, cui nihil magis contrarium quam vis & metus.

2. Quotiens in initio contractus bonæ fidei aliquid interuenit, quod bonæ fidei contrarium eſt, toties contractus ab initio nullus conſtituitur: atqui metus & vis ſunt bonæ fidei contraria *L.116. de R. Iur.* vbi Vlpianus *nihil conſenſui*, ait, *tam contrarium eſt, qui bonæ fidei iudicia ſuſtinet, quam vis atque metus, quem probare contra bonos mores eſt.* Quocirca ſi vis & metus in principio contractus interueniant, vel quod idem eſt, ſi vi aut metu bonæ fidei contractus extorqueatur, nullius erit momenti.

3. Quotiens contractus bonæ fidei dolo extorquetur, vel aliquis dolo ad contrahendum inducitur, cum alias contracturus non eſſet, toties contractus nullus eſt ipſo iure, nec reſciſſione opus habet *l. 7. Digeſt. de do'o*: atqui emptio, vi metuue extorta, intelligitur quoque dolo inita quoniam & metui dolus ineſt, & qui metum fecit, de dolo quoque tenetur *L.14. §. Eum qui. penult. Digeſt. quod met. cauſa* Proinde contractus bonæ fidei, metu aut vi extortus, ipſo iure nullus eſt, nec reſcinditur per reſtitutionem in integrum.

Huic ſententiæ non aduerſatur *l. vltim. §.1. Digeſt. quod met. cauſ.* in qua Iuriſconſultus Vlpianus ſignificare videtur, contractum metu extortum à prætore reſcindi: verba textus ſunt iſta: *Si iuſto metu perterritus cognitionem, ad quam, vt vinctus iret, potens aduerſarius minabatur, id quod habere licebat, compulſus vendidit, res ſua æquitati per præſidem prouinciæ reſtituitur*, Hoc, inquam, noſtræ opinioni non aduerſatur. Hæc ſiquidem verba, recte conſiderata & intellecta, non euincunt, quod prætor contractum emptionis iure validum reſcindat: ſiquidem & tunc res ſuæ æquitati recte dicitur reſtitui, quando petenti denegatur actio propter rei vel negocii vtilitatem *l. qui proprio §. qui alium. Digeſt. de procurator.* Quin & tunc dicitur res ſuæ æquitati reſtitui, quando res ex contractu huiuſmodi, iure nullo tradita, reſtitui iubetur, adeoque contractus, quatenus de facto proceſſit, & non quatenus iure valuit, reſoluitur.

Conſimiliter nihil detrahit ſententiæ noſtræ *l.9. §. volenti. 4. Digeſt. eod. tit. Digeſt. quod met. cauſ.* vbi de eo, qui vi metuue ad contrahendum compulſus eſt, ita ſcribitur: *Volenti autem datur & in rem actio & in perſonam reſciſſa acceptilatione, vel alia liberatione*, quibus verbis ſignificat, id quod metu geſtum ſubſiſtat; quoniam omnis priuatio habitum præſupponit.

Reſpond. Primo enim & hic reſcindi dicitur, quod metu geſtum eſt, non quatenus iure ſubſiſtit, ſed quatenus de facto proceſſit: vt proxime reſponſum fuit. Deinde textus *d. l.9.* non expreſſe loquitur de contractu metu extorto, ideo de me-

Digitized by Google

de metu in contractum incidente commode accipi poteſt. Cur autem metus cauſam contractui dans, vitiet contractum, incidens vero non item, ratio hæc eſt, quod cuiuſque rei principium potiſſimum ſpectari debeat: vnde mala fides in principio vſucapionis interueniens impedit vſucapionem: ſuperueniens vero vſucapioni cœptæ non item *l.48. Digeſt. de acquir. dom.*

Inſuper non impedit *l.1. Codic. de reſcind. vendit.* vbi Imperator dicit, malæ fidei emptionem eſſe irritam: atqui irritum nihil fit, niſi quod prius fuit ratum *arg.tot.tit.Digeſt.de iniuſt. rupt.& irrito facto teſtament. & tot. titul. 1. quib. mod. teſtam. infirmant.*

Nam bene Donellus reſpondet, diuerſa eſſe irritum eſſe & irritum fieri: illud de iis prædicari, quæ ab initio nullius fuerunt momenti: poſterius vero de iis, quæ initio ſubſtiterunt ac iure valuerunt, poſt autem reſciſſa & infirmata fuerunt: proinde non recte ſic colligitur: in *l.1. Codic. de reſcind. vend.* Irrita dicitur fieri emptio metu extorta: ergo valuit ab initio ac iure ſubſiſtit.

Non vrget præterea quod Gordianus Imperator *in leg. non intereſt. 5. Codic. de his qua vi metuue cauſa.* ait contractum emptionis vi metuue extortum reſcindi.

Reſpond. Non enim illic agitur de dolo cauſam dante, ſed de dolo incidente, quia venditor dolo non erat inductus ad prædia vendenda, ſed ad ea minoris vendenda, quæ maiore valebant.

Denique non obſtat *l.penult.Codic.eod. tit.* vbi Imperator ita ſcribit: *Si per impreſſionem quis aliquem metuens, ſaltem in mediocri officio conſtitutum, in eadem prouincia vel loco, vbi tale officium peragit, ſub venditionis titulo fecerit ceſſionem. Et quod emptum fuit reddatur, & nihilominus etiam pecunia retineatur.*

Siquidem hoc plane impertinenter huc allegatur, cum ea conſtitutio loquatur de maiorum magiſtratuū & iudicum, quibus in ea prouincia emptionis commercio interdicitur, concuſſione *l.46. Digeſt. de contrahend. empt.* ſic, vt contractus ſit ipſo iure irritus, non modo ſi dolus contractui cauſam dederit, ſed & ſi in contractum inciderit.

Sic proinde ſtatuendum, contractum ſtricti iuris metu extortum non ipſo iure eſſe nullum, ſed reſtitutione in integrum eſſe reſcindendum: Bonæ fidei vero contractum, ſi metu extorqueatur, ab initio ſtatim eſſe nullum, ac proinde reſtitutione reſcindi non poſſe: ratio autem in eo conſiſtit, quod in bonę fidei contractibus conſenſus liberior eſſe debeat, quam in ſtrictis contractibus, illiſque magis, quam his, ſit eſſentialis, quod Vlpianus *in d. l. 116. de R. Iur.* haut quaquam diſſimulauit: nihil conſenſui inquiens, tam contrarium eſt, qui bonæ fidei iudicia ſuſtinet, quam vis & metus.

Dixi & actionem & exceptionem dari eius nomine, quod metu geſtum fuerit, expreſſum hoc eſt claris & rotundis verbis *in l. 9. §. 3. Digeſt. quod met. cauſa:* & actio quidem datur ad id, quod metu ablatum & extortum eſt reſtituendum, & niſi fiat reſtitutio iuſſu iudicis ad pœnam etiam tripli vna cum re ipſa ſoluendam, de quo mox, plura in theſi ſequenti: exceptio autē datur pro eo, qui metū eſt paſſus, defendendo, aduerſus eū, qui contractu, metu inito, aliquid petierit: de qua ita Iuſtinianus *in §. 1. Inſt. de except. Si metu coactus, aut dolo ductus aut errore lapſus, ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere: palam eſt iure ciuili te obligatum eſſe, & actio qua intenditur, dare te oportere, efficax eſt; ſed iniquum* **Lit.D.**

eſtate condemnari; ideoque datur tibi exceptio quod metus cauſa, aut doli, aut in factum compoſita ad impugnandam actionem.

Quod tamen ſecundum prædicta, neceſſario ita intelligendum eſt, ſi contractus metu extortus ſtricti ſit iuris: nam cum bonæ fidei contractus, cui initium præbuit metus, ſit ipſo iure nullus, adeoque ad producẽdã actionem inefficax, idcirco exceptio quoque deficiet, vt quæ ſit actionis excluſio.

Lit. E. Qu. 32. Quomodo metus ſit probandus?

Metus probationem longe difficilimam eſſe omnes agnoſcunt: vnde ſollicite admodum diſquirunt, quomodo probari debeat ſicubi allegetur? Et communiter in eam diſcedunt ſententiam, quod hoc omne ſit arbitrio iudicis committendum, qui æſtimare debeat, quomodo metus probari legitime debeat.

Et pro hac ſtabilienda ſententia allegant *l. 3. Digeſt. ex quibus cauſ. maior.* in qua Vlpianus: *ſed non ſufficit quolibet terrore ad actum timuiſſe, ſed huius rei diſquiſitio iudicis eſt.*

Verum ipſe Menochius huius fundamenti infirmitatem agnoſcit: quia textus allegatus in iudicis diſquiſitione ſolum relinquat qualitatem metus, non autem ipſius qualitatis probationem: id eſt iudicis arbitrio hoc duntaxat æſtimandum & diiudicandum relinquit, quinam ſit iuſtus metus? Non autem quomodo iuſtus metus allegatus probetur.

Quare ipſorum ſententiam veriorem eſſe arbitror, qui ſtatuunt, quod metus modis legitimis iure noſtro proditis probari & poſſit & debeat: ſi quis enim alleget, metum ſibi iuſtum illatum eſſe, eo quod ab aduerſario carceri incluſus fuerit, aut quod cruciatum corporis paſſus, vel minis atrocibus territus fuerit, hoc teſtibus, non minus atque alia, quæ in iudicio allegantur, probari poterit: quin & minæ literis vel aliis documentis probari poſſunt, quibus vim aut metum inferre quis minatus fuit. Gailius 1. *obſeru. 4.*

Ceſſat proinde alterum argumentum quo cõmunis nititur opinio, quod nempe nullibi ratio probandi metum in iure ſit prodita ac proinde arbitrio iudicis determinanda relinqui debeat: vt enim teſtibus & inſtrumentis alia probari ſolent, ita quoque metum illatum probari poſſe & debere, apud me ſane dubium plane nullum eſt, idque ex modo dictis ſatis liquere opinor. Vide Couarruu. *de matrim. cap 3. §. 5. n. 10.*

Lit F. Qu. 33. An ad actionem quod metus cauſa neceſſaria ſit proteſtatio de metu illato?

Etſi autem vtilis ſit ad probationem metus proteſtatio; ita vt ſi fiat in ipſo actu, aduerſa parte præſente, nec contradicente ex præmiſſa proteſtatione probetur metus, Gloſſa *in cap. Lotharius. 31. quæſt.* 2. Si vero fiat ante actum, ex cauſa tamen legitima, etiam ex interuallo actus præſumatur metu geſtus: neceſſaria tamen non eſt eiuſmodi proteſtatio, ſed ea etiam omiſſa ad actum metu geſtum reſcindendum nihilominus agi poterit. Couarru. *d. §. 5. n. 11. & ſequentibus.*

RESOLVTIO THESIS. *Quinta.*

Lit. A.

ACtionem quod metus cauſa definit Autor noſter quod ſit actio perſonalis in rem ſcripta, arbitraria in qua niſi reſtitutio fiat, condemnatur reus intra annum in quadruplum, poſt annum in ſimplum. Cuius definitionis ſingula membra conſideremus.

Dicitur primo ACTIO §. *præterea quaſdam 31. I. de act. l. 9. §. fin. Digeſt. quod met. cauſ.* eſt enim à reſtitutione in integrum, ex cauſa metus illati competente (quam ſupra actionem eſſe negauimus) diuerſiſſima, ſiquidem recta ex maleficio deſcendit, nec prætoris reſtitutionem præſupponit, vt & ſupra ſub theſi præcedenti monuimus. Differt igitur ab actione etiam reſtitutoria ſeu reſciſſoria, quę per in integrum reſtitutionẽ redditur: ſeu

ſeu reſtituitur, &, receſſa per reſtitutionẽ in integrum alienatione, tribuitur.

Quæ.24 *Qualis ſit actio quod metus cauſa?*

Dicitur deinceps actio *perſonalis* ſeu in *perſonam* in §. *præterea quaſdam 32. ff. de act.* quoniam ex maleficio deſcendit, ex metu ſcilicet iniuſte illato: actiones vero ex maleficiis deſcendentes ſunt perſonales §. *1. Inſt. de act.*

Cui non obſtat, quod metum paſſo dicitur dari in rem actio, & in perſonã *l. 9. §. volenti. ff. quod met. cauſa.* hęc enim actio reſtitoria ſeu reſciſſoria ab actione quod metus cauſa, vt dixi, eſt diuerſiſſima, nec cum ea quicquam habet commune: actio ſiquidem quod metus cauſa rectà ex delicto deſcendit: iſtæ verò actiones ex maleficio non proficiſcuntur, ſed in rem quidẽ actio ex dominio & poſſeſſione: actio autem in perſonam ex contractu prius inito, nunc vero acceptilatione aut nouatione, metu extorta diſſoluto, in integrum reſtitutionem rurſus reſtituto *dict. §. volenti.* Actio quod metus cauſa eſt mixta in quadruplum §. *quadrupl. 1. Inſt. de act.* actio autem reſciſſoria eſt rei perſecutoria in ſimplum.

Sic porro actio quod metus cauſa dicitur perſonalis, vt ſit in REM SCRIPTA. In rem ſcripta idcirco dicitur, quia generaliter de re metu extorta, concipitur ſine deſignatione vllius perſonæ ad quam actionis verba dirigantur: idque expreſſit perſpicue Iuriſconſultus Vlpianus in *l. 9. §. 1. ff. quod met. cauſa*, vbi ait: *Animaduertendum autem, quod prætor hoc edicto generaliter, & in rem loquitur, nec adiicit à quo geſtum, & in §. final. leg. 9.* Cum autem hæc actio in rem ſit ſcripta, nec perſonam vim facientis coerceat, ſed aduerſus omnes reſtitui velit, quod metus cauſa factum eſt: & verius eſt etiam aduerſus reum competere hanc actionem, cum in rem ſit ſcripta.

Male itaque author noſter ex eo, quod in rem ſit hæc actio ſcripta, colligit, quod mixta ſit, in rem partim, partim vero in perſonam. 1. Quia in *dict. §. 31. Inſt. de act.* in perſonam eſſe actionem, quod metus cauſa diſerte ſit ſcriptum, & quod ita in perſonam ſit, vt non ſit in rem, exinde colligitur, quia hæc duo genera actionum ſibi opponuntur in *dict. §. 31.* & Iuſtinianus ibidem ita ſcribit, hanc actionem eſſe in perſonam, vt ſimul ſeparet nominatim ab actionibus in rem, de quibus prius dixerat Donellus *ad §. 1. Inſtit. de act.*

2. Quia hæc actio quod metus cauſa nihil ferè habet cum actione in rem commune: nam ex maleficio deſcendit, vt ſupra oſtenſum eſt. Nec datur ſolum aduerſus poſſeſſorem rei metu extortæ, nec aduerſus poſſeſſorem rei præciſe datur, ſed dirigitur aduerſus perſonam metum inferentis eiuſque cuius lucro metus ceſſit, Coraſius *1. miſcell. 22.* Quia denique nullæ ſunt actiones mixtæ in perſonam partim, partim in rem competens, vt infra *diſputat. 19. theſ. 1. litera D.* dilucide oſtendetur.

Proinde in rem ſcripta hæc actio dicitur, non quia in perſonam nõ ſit, ſed quia indefinite aduerſus rem geſtam ſcripta eſt, nulla perſona expreſſa, aduerſus quam geſtum retractetur: perinde vt pactio, lex in rem ſcripta dicitur, quæ generaliter ſcripta aut concepta eſt de re, de qua agitur, ſine deſignatione vllius perſonæ ad quam pactio vel lex dirigatur *l. 7. §. pactorum. ff. de pact. l. 5. §. vltim. ff. ex quibus cauſ. in poſſeſſ. eat.* Donellus *dicto loco.* Coraſius *1. miſcell. 22.*

Quæ.35. *An actio aduerſus tertium, qui metũ non fecit, cõpetat?*

Cæterum quod dicitur, actionem quod metus cauſa dari non modo aduerſus eum, qui metum fecit, ſed etiam aduerſus alium quemvis, qui aliquid lucri ex metu perceperit, hoc ab initio durum alicui videri poſſet, & contra iuris rationem conſtitutum.

Nam conſtat nullam eſſe actionem ex delicto, niſi aduerſus delinquentem: nec dici poſſe actionem ex delicto, ſi cum eo agitur, qui nihil deliquerit: atqui non de-

liquerit qui metum non intulit, nec inferri curauit, etſi aliquid occaſione delicti perceperit lucri.

Proinde non poteſt aduerſus eum, qui metum non fecit, cōſtitui actio quod metus cauſa. Inſuper æquitas & ratio ſuadent, pœnam debere tenere ſuos authores, nec longius progredi oportere, quam delictum *l. ſancimus. Cod. de pœnis.* Atqui in propoſito ſolus deliquit, qui metum intulit. Proinde non alius actione, quod metus cauſa pœnali conueniri debet, quã is ſolus qui metum intulit.

Verum, his non obſtantibus, procul dubio tenenda eſt & retinenda ſententia Vlpiani in *leg. 14. Digeſt. quod metus cauſa §. 3.* vbi aſſerit, in hac actione, quod metus cauſa non quæri, vtrum is, qui conuenitur, an alius metum fecerit, cum & is teneatur qui crimine caret, lucrum tamen ſenſerit.

Ad contraria verò argumenta non eſt difficilis reſponſio: nam etſi is, qui metum non intulit, ſed lucrum ex metu percepit ab initio non delinquat atque delicti plane ſit expers; poſtea tamen cum rem metu extortam, retinet, nec iuſſu iudicis reſtituit, ſed contumax exiſtit, delinquere cenſetur, dum facto hoc ſuo & cōtumacia delictum alienum approbat ſeque delicti participem facit. Donellus *15. comm. 38.* Accedit quod ſicut ex alieno crimine teneri nemo debet *dict. l. ſancimus 22. Cod. de pœnis.* Ita nec lucrum ſentire debeat: ne quod turpiter vel ſcelere quæſitum eſt, ad compendium alterius pertineat *l. 19. in fine. Digeſt. quod met. cauſa* Ant. Fab. in *rat. ad d. §. 3.*

Et hoc eſt, quod etiam claris & perſpicuis verbis ſcribit Vlpianus in *d. §. 3. leg. 14.* In hac, inquiens, actione non quæritur, vtrum is, qui conuenitur, an alius metum fecerit: ſufficit enim hoc docere metum ſibi illatum vel vim: & ex hac re eum, qui conuenitur, etſi crimine caret, lucrum tamen ſenſiſſe: nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto aliquem in quadruplum condemnari, quia non ſtatim quadrupli eſt actio, ſed ſi res non reſtituatur.

Quod de actione, quod metus cauſa dictum eſt idem quoque de exceptione quod metus cauſa pronunciat Vlpianus in *l. 4. §. 33. Digeſt. de doli except. Metus cauſa exceptionem Caßius non propoſuerat, ſed doli exceptione, quæ eſt generalis. Sed vtilius viſum eſt etiam de metu opponere exceptionem. Etenim diſtat aliquid doli exceptione; quod doli exceptio perſonam complectitur eius, qui dolo fecit, enimuerò metus cauſa exceptio in rem ſcripta eſt: ſi in ea re nihil metus cauſa factum eſt: vtrum inſpiciamus, an is qui agit, metus cauſa fecit aliquid, ſed an omnino metus cauſa factum eſt: in hac re à quocunque non tantum qui agit. Et quamuis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, veruntamen hoc iure vtimur, vt de metu non tantum ab auctore, verum etiam à quocunque adhibito exceptio obiici poßit.* Tradit his verbis Iuriſconſultus differentiam exceptionis doli & metus, quod exceptio metus non ſolum opponatur illi, qui metum fecit, ſed & cuiuis alii, qui quid ex metu perceperit lucri: cum in metu hoc ſolum quæratur, an aliquid ſit metu factum; exceptio verò doli opponatur ei duntaxat, qui dolum fecerit, vt qua id ſolum quæratur, an aliquid actoris dolo factum ſit, iſta exceptio ſit in rem: hæc verò ſit in perſonam, Zaſius in *dict. l. 4. §. 33.*

Dicitur actio quod metus cauſa, ARBITRARIA. Arbitrariæ actiones illæ appellantur, quæ vt Iuſtinianus ait, à iudicis arbitrio pendent, ita videlicet, vt niſi arbitrio & iuſſui iudicis ſatisfaciat is, cum quo agitur, condemnari debeat *§. præterea 31. Inſtitut. de action.* Hinc igitur & actio quod metus cauſa dicitur arbitraria *leg. item ſi cum §. hac autem Digeſt. quod metus cauſ.* quia etſi in quadruplum ſit, non Litera D.

tamen

Digitized by Google

tamen reus, quamuis conuictus, rem metu extorſiſſe, ſtatim in quadruplum condemnatur, ſed prius iubetur rem, de qua agitur, reſtituere, quã ſi iuſſui iudicis obtemperans, reſtituit, euitat quadrupli cõdemnationem; ſi non reſtituit, tum in quadruplum condemnatur *d.§. hac autem.* Non idem fit in cæteris actionibus: nam actio furti, ita eſt dupli aut quadrupli, vt ſimul atque conuictus fuerit reus furtum feciſſe, in duplum aut quadruplum condemnetur: neq; condemnationem hanc euitet, quantumuis rem furto ablatam primo quoque tempore reſtituerit. Atque hoc ſcribit quoque Iuſtinianus in *§. item actio de eo Inſtit. de act. Item*, inquiens, *actio de eo, quod metus cauſa factum ſit* à cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus eo differt, quod eius natura tacite continetur, vt qui iuſſu iudicis ipſam rem actori reſtituit, abſoluatur, quod in cæteris caſibus non eſt ita; ſed omnimodo quiſque in quadruplum condemnatur, quod eſt & in furti manifeſti actione.

Cui & Vlpianus aſſentitur in *l. 14. §. 1. Digeſt. hoc titul.* dum ita ſcribit: *Si quis non reſtituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne, quodcunque reſtitui oportet, ſatis clementer cum reo prætor egit, vt daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam euitare.*

Quæ. 36 *An actiones arbitrariæ ſint bonæ fidei, an ſtricti iuris?*

De actionibus arbitrariis in primis hoc controuertitur, vtrum bonæ fidei ſint, an ſtricti iuris, an vero mediam & tertiam ſpeciem inter bonæ fidei & ſtricti iuris actiones conſtituunt?

Communis eſt opinio Doctorum, quã hic etiam autor noſter amplectitur, quod arbitrariæ actiones nec bonæ fidei ſint, nec ſtricti iuris, ſed mediam inter has & tertiam ſpeciem conſtituant.

Quæ ſententia confirmari videtur primo per *§. præterea. Inſtitut. de act.* vbi Iuſtinianus: *Præterea quaſdam actiones arbitrarias, hoc eſt, ex arbitrio pendentes appellamus, in quibus, niſi arbitrio iudicis is, cum quo agitur actori ſatisfaciat, veluti rem actori reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat, condemnari debeat.* Particulam Præterea aiunt hic ad præcedentia, quibus de bonæ fidei & ſtricti iuris actionibus locutus erat, reſpicere & idem ſignificare, quod præter ſuperiores: & ideo innuere, quod præter actiones bonæ fidei & ſtricti iuris aliæ adhuc ſint actiones ab illis diuerſæ, quæ arbitrariæ dicantur.

2. Accedit ad confirmationem etiam textus in *l. in actionibus. Digeſt. de in lit. iurand.* vbi cum initio Iuriſconſultus dixiſſet, in litem iurari in actionibus bonæ fidei, item in rem & ad exhibendum, quæ arbitrariæ ſunt *dict. §. præterea*, ſtatim ſubiunxit per aduerſatiuam: *Plane interdum & in actione ſtricti iudicii in litem iurari.* Quo apertè declarat, actiones iſtas arbitrarias, de quibus modo locutus erat, neque bonæ fidei eſſe, neq; ſtricti iuris.

3. Adde his quoque *leg. 3. §. 1. Digeſt. de vſur.* in qua diſerte Iuriſconſultus tres diſtinctas & diuerſas actionum ſpecies conſtituit, bonæ fidei, ſtricti iuris & arbitrarias: dum ita ſcribit: *In his quoque iudiciis, quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa præſtanda eſt.*

Cæterum quod actiones arbitrariæ non conſtituant inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris mediam ſpeciem, verius eſt, ac ſequentibus argumentis confirmatur.

1. In omnibus actionibus iudex vel adſtrictus eſt, ad id, quod in contractum vel iudicium deductum eſt, vel non eſt adſtrictus, ſed libera ei poteſtas permittitur æſtimandi, quantum actori præſtari oporteat *§. 30. Inſtitut. de actionibus.* Si prius, eſt iudicium ſtricti iuris; ſin poſterius, eſt bonæ fidei: inter hæc enim duo medium ſeu tertium non datur.

2. Iuſtinianus in *§. actionum Inſt. de action.* legiti-

legitimam & perfectam diuiſionẽ actionum traditurus, diuidit actiones in bonæ fidei & ſtricti iuris. *Actionum*, inquiens, *quadam bona fidei ſunt, quadam ſtricti iuris.* Atqui hæc diuiſio plane foret imperfecta, ſi principale aliquod eius membrum prætermiſſum eſſet, ac diuiſio bimembris conſtitueretur, quæ tamen trimembris eſſe deberet. Quapropter vt hæc Iuſtiniani diuiſio defendatur ac ſuſtineatur, neceſſum eſt dicamus, actiones arbitrarias non conſtituere tertiam & mediam ſpeciem, inter eas quæ ſunt bonę fidei & ſtricti iuris.

Et quanquam Donellus, defectum illum diuiſionis, in *dict.* §. *actionum*, propoſitæ, ſuppleri velit ex §. *præterea*, in quo ſtatim ac continenter tertium actionum genus, ab illis duobus in §. *actionum*, propoſitis, plane diuerſum & ſeiunctum ſubiicitur, vt perinde haberi debeat quaſi eodem in loco tres illæ ſpecies propoſitæ fuiſſent.

Verum vt hac ratione diuiſio ſuperior Iuſtiniani defendi poſſit, valde vereor: etſi enim in toto iure hoc perpetuo, in legibus interpretandis, obſeruari debeat, vt textus cum textu conferatur, & textus ex textu ſuppleatur, ſi in vno minus quam in alio fuerit dictum; id tamen in definitionibus ac diuiſionibus locum non habet: hæ quippe omnibus ſuis numeris perfectæ & abſolutæ eſſe debent, ſic, vt cum ſuo diuiſo ac definito conuerti poſſint, illudque totum exhauriant: quod ſi vel minima pars, aut minimum membrum defuerit, protenus diuiſio manet imperfecta & vitioſa exiſtit, etiamſi fortaſſis defectus iſte alio ex loco ſuppleri poſſit.

Præterea tertium iſtud actionum genus non ſtatim diuiſioni, in *d.* §. *actionum*, propoſitæ, ſubiungitur; ſed longo poſt intervallo, cum iam Imperator vtrumque diuiſionis membrum prolixe declaraſſet, ſubiicitur in §. *trigeſimo tertio.*

Huic ſententiæ proculdubio veriſſimæ non obſtat argumentum ex *dict.* §. *præterea.* deductum: nam (vt recte Vulteius monet) non eſt rarum in iure noſtro, ſicut & apud alios bonos & probatos ſcriptores, vt particula *præterea*, non inferat aliquid ab his, quæ prius ſunt dicta, diuerſum ſpecie, ſed aliquid ſolum diuerſum qualitate: actiones vero arbitrarias ab actionibus ſtricti iuris non ſpecie, ſed qualitate ſolum differre mox oſtendetur.

Non magis refragatur ſecundum, ex *l. 5. ff. de in litem iurand.* petitum: ibi enim actiones arbitrariæ à ſtrictis actionibus ſecernuntur, ab illis, inquam actionibus ſtrictis, quæ in ſpecie ſic appellantur: actionum quippe ſtricti iuris duæ ſunt ſpecies, quarum vna eſt actionum arbitrariarum; altera actionum ſtricti iuris in ſpecie ita dictarum.

Denique non reſiſtit, quod in *dict. leg. 3.* §. *1. Digeſt. de vſur.* Actiones arbitrarias ab actionibus bonæ fidei & ſtricti iuris Iuriſconſultus diſcernat: non enim diſtinguit arbitrarias actiones ab actionibus ſtricti iuris, generaliter acceptis; ſed vnam ſpeciem actionum ſtricti iuris opponit alteri, & arbitrarias actiones, cum actionibus bonæ fidei & actionibus ſtricti iuris, in ſpecie ſic dictis, confert. Inſuper non eſt infrequens, vt membra diuiſionis ac ſubdiuiſionis confundantur: exemplum enim huius luculentiſſimum extat in *l. 5. & ſeq. ff. de pact.*

Cum itaque ex hactenus dictis appareat, quod actiones arbitrariæ inter bonæ fidei & ſtricti iuris actiones, mediam ſpeciem non conſtituant; ſed ad alterutram harum ſpecierum, ad ſtricti, inquã, iuris, vel bonæ fidei actiones referri debeant; quæritur nunc porro, vtri ſpeciei accenſeri debeant?

Græci interpretes arbitrarias actiones bonæ

bonæ fidei actionibus accenſendam exiſtimant.

1. Quia cum actionibus bonæ fidei in definitione conueniunt: has quippe Iuſtinianus definit in §. *in bonæ fidei Inſtit. de act.* quod ſint illæ, quibus iudici libera poteſtas permittitur æſtimandi, quantum actori præſtari oporteat: iam vero in arbitrariis actionibus itidem permitti liberam poteſtatem æſtimandi, quemadmodum alteri ſatisfieri oporteat, teſtis eſt idem Iuſtinianus in §. *præterea 31. Inſtitut. de action.*

2. Quia definitio ſtricti iuris actionum non conuenit actionibus arbitrariis: actiones enim ſtricti iuris definiuntur, quod ſint illæ, in quibus iudex præciſe ad id adſtrictus eſt, quod in iudicium deductum eſt, vnde etiam nomen habent. In actionibus vero arbitrariis non eſt iudex præciſe adſtrictus ad id, quod in iudicium deductum eſt: ſed ei datur poteſtas æſtimandi ex æquo & bono quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

Verum his rationibus minime motus, iis ſubſcribendum cenſeo, qui arbitrarias actiones ſtrictis actionibus accenſent.

1. Quia actionibus bonæ fidei ipſo iure ineſt exceptio doli *leg. ſed etſi ideo 21. Digeſt. ſolut. matrimon.* atqui actioni in rem, ſeu rei vindicationi, quæ arbitraria eſt, *leg. qui reſtituere. Digeſt. de rei vindicat. §. præterea. Inſtitut. de action.* hæc exceptio doli non ineſt *leg. 14. Digeſt. de public. in rem actio.* vbi Iuriſconſultus: *In rem*, ait, *exceptionem omiſſam non ſuppleri officio iudicis.* Hinc itaque ſequitur, arbitrariam actionem non eſſe bonæ fidei.

2. Quia ſi actiones arbitrariæ eſſent bonæ fidei, incertus redderetur actionum bonæ fidei numerus, definitus in §. *actionum Inſtit. de actionibus.* Atqui hoc admittendum non eſt, cum illic Iuſtiniano propoſitum fuerit omnes bonæ fidei actiones recenſere, nullũ vero prætermittere.

3. Quia in *l. 7. Digeſt. de eo, quod certo loco.* ait Paulus, arbitrariæ actioni non eſſe locum, vbi competit actio bonæ fidei. Quibus verbis Iuriſconſult⁹ manifeſte actionem arbitrariam non modò opponit bonæ fidei actioni, ſed etiam docet, ſic eas diuerſas & oppoſitas eſſe, vt illi locus non ſit, vbi hæc competit.

His non obſtat primum contrariæ opinionis argumentum: actiones enim bonæ fidei ab actionibus arbitrariis definitionibus maximè diſcernuntur: nam, definiente Iuſtiniano, illæ actiones ſunt bonæ fidei, quibus libera poteſtas permittitur iudici æſtimandi QVANTVM actori præſtari oporteat: arbitrariæ vero, in quibus permittitur iudici poteſtas libera æſtimandi QVEMADMODVM actori ſatisfieri oporteat. Vnde relucet, quod, etſi in hoc conueniant, quod in vtriſque concedatur iudici poteſtas æſtimandi; differant tamen in ratione & modo æſtimandi.

Ad ſecundum reſpondetur: actionum ſtricti iuris alias eſſe ſimpliciter tales in quibus iudex adſtringitur ad id, quod in iudicium deductum eſt: alias vero propius accedere ad naturam iudiciorum bonæ fidei; in quibus, etſi iudex adſtrictus ſit ad id, quod in iudicium deductum eſt; ſic tamen conceditur poteſtas æſtimandi, non quantum actori præſtari oporteat; ſed quemadmodum actori ſatisfieri debeat.

Reſtitutio autem rei vi metuve extortæ, quæ a pœna quadrupli liberet, intra quantum temporis ſpatium fieri debeat non conuenit inter iuris noſtri interpretes. Nam Bartolus ad *l. fin. Codic de execut. rei iudic.* ſtatuit arbitrio iudicis hoc committendum eſſe. *Litera C. Quæ. 37 Reſtitutio rei metu extortæ intra quãtum temporis ſpacium fieri debeat, vt à pœna liberet?*

Fundamentum huius ſententiæ conſiſtit in eo, quod actionibus perſonalibus condemnatis quatuor menſium ſpatium indulgeatur ad ſoluendum *l. fin. §. fin. C. de vſur. rei iud. & l. fin. Codic. de execut. rei iudic.*

Digitized by Google

condemnatis vero actionibus realibus nullum certum tempus ad reſtituendum ſit præfixum, ſed id arbitrio iudicis definiendum ac determinandum relinquatur *§.1.Inſtit.de offic.iudic.* Menochius *2. arbitr.iudic.quæſt.28.* Heigius & Hotomannus in *dicto §.prim. de offic. iudic.* Iam vero actio, quod metus cauſa eſt quidem perſonalis *§.31. Inſtitut. de act.* ſed tamen in rem ſcripta atque rem ipſam non minus ſequitur atque perſequitur, quam actio realis, vt paulò ſupra id luculenter fuit demonſtratum: ſequitur proinde condemnato actione quod metus cauſa dari ad ſoluendum, ſeu reſtituendum tempus iudicis arbitrio definiendum ac determinandum.

2. Accedit quod idcirco in perſonalibus actionibus condemnatus quadrimeſtre tempus habeat ad ſoluendum: actione vero reali condemnato nullum certũ tempus indulgeatur, ſed ad rem cõfeſtim reſtituendam teneatur; niſi in poteſtate eius non ſit rem ſtatim ſoluere, quia facilius ad rei reſtitutionem, quàm pecuniæ ſolutionẽ perueniri poteſt *l. 22. ff. de noxal. act. l.38.ff.de rei vindicat.l.31.de re iudicat.* Atqui actionem quod metus cauſa ad rei quoque reſtitutionem competere palam eſt.

Hinc Iacobus Cuiacius, non ſolum in actionibus realibus, ſed & in actionibus perſonalibus, quibus rei noſtræ poſſeſſionem auocamus, veluti commodati & depoſiti, quadrimeſtre illud tempus non concedi condemnatis; ſed reſtitutionem ſtatim fieri debere; aut ſi iuſta ſit cauſa, quę impediat ſtatim reſtituere, tempus condemnato concedendum arbitrio iudicis definitum.

Sed autori noſtro placet actione, quod metus cauſa iuſſum rem reſtituere quadrimeſtre tempus habere ad rei ablatæ reſtitutionem faciendam; quia hoc ſpatium indulgeatur perſonali actione condemnatis *d.l.fin §.1.Codic.de vſur. rei iudicat.* Actio autem quod metus cauſa ſit in perſonam, vt ſupra oſtenſum fuit.

Veruntamen vt de hac controuerſia mentem & ſententiam meam candidè aperiam, videtur mihi opinio Bartoli veritati maxime eſſe conueniens: tum quia in actione quod metus cauſa qui metum fecit vel rem metu extortam poſſidet, non iubetur à iudice ſoluere, ſed reſtituere; atqui prædictum tempus quadrimeſtre nõ reſtituentibus, ſed ſoluentibus eſt præfinitum *dict. l. fin. §. final.* In eoque cum actione reali hæc actio, quod metus cauſa conuenit.

Tum etiam quia prædictæ quadrimeſtres induciæ condemnatis tribuuntur, ſic vt antequam fuerint elapſæ, executio rei iudicatæ fieri nequeat: at in propoſito non loquimur de condemnato actione, quod metus cauſa, ſed de iuſſo rem ante condemnationem reſtituere *l.14.§. 1. & §. hac autem. Digeſt. quod metus cauſa. §. præterea & §. item actio, de eo. Inſt. de act.*

Nec impedit, quod actio, quod metus cauſa ſit in perſonam, non in rem. Reſp. Nam primo etiam in actionibus perſonalibus, quibus agitur ad rei reſtitutionem, condemnatis non conceditur quadrimeſtre tempus ad reſtitutionem, quia *dict. l. fin. §. fin. Codic. de vſur. rei iudicatæ.* Et *leg. fin. Cod. de execut. rei iudic.* expreſſe loquuntur de condemnatis ad ſoluendum, deinde quæ ratio facit, quod in actionibus realibus nullum indulgeatur condemnatis ſpatium, quia videlicet ſtatim reſtituere poſſunt, ea quoque in actione, quod metus cauſa cæteriſque actionibus perſonalibus de rei reſtitutione competentibus locum habet.

Illud ſane non inficior, quod cum is, qui iuſſus rem metu extortum reſtituere, iudici non paret, & poſtea condemnatur, ei cõdemnato indulgeatur quadrimeſtre illud, quia non tantum ad reſtituendam rem metu extortam, ſed etiam ad pœnam tripli ſoluendam condemnatus eſt.

Quocirca

Quocirca concludendum eſt, quod reus rem metu extortam reſtituere iuſſus nullas habeat penitus inducias: niſi iuſta fuerit cauſa, ob quam confeſtim reſtituere nequeat rem metu ablatam, quo caſu terminus reſtituendi arbitrio iudicis ei præfigi debeat.

Litera D. Quod ſi iuſſus reſtituere non paret, ſequitur condemnatio, intra annum quidem in quadruplum, poſt annum verò in ſimplum: quadruplatur autem non ſolum res ipſa metu extorta, ſed vniuerſa etiam commoda, quæ ex re interim percipi potuerunt, ideo amiſſa, quia dominus re ſua caruit: in quibus ſunt partus ancillarum, fœtus pecorum, prædiorum fructus & omnis cauſa, quæ rem non amiſſam ſecuta eſſet. Ita Vlpianus in *leg.14. §.7. Digeſt. quod metus cauſa.* Quadruplatur id, quanti ea res eſt, id eſt, cum fructibus & omni cauſa. In fructibus veniunt non modo ii, qui percepti ſunt à poſſeſſore, ſed & hi, quos actor percipere potuit *leg. ſed & partus Digeſt. quod. met. leg. 62. §. 1. Digeſt. de R. vindic. iunct. leg. 17. §. 1. eod.* Nec refragatur huic, quod quadruplari ſaltem debeat, quanti res eſt metu ablata. Res enim non ſolum nudum corpus ſignificat, ſed litem & controuerſiam ac corpus cum ſuis acceſſionibus, atque ita vniuerſum quod in iudicium deductum eſt *leg. 2. §. final. & l. ſeq. Digeſt. qui ſatisd. cog. leg. penult. Ne quis in eum qui in ius voc.* Vnde & reſtitutione rei fructus continentur *l. reſtituere leg. plus eſt Digeſt. de verb. ſignificat.* Goedd. *ad leg. 179. de verb. ſignificat.* Atqui ſi arbitrio iudicis nō fiat reſtitutio rei metu ablatæ, quadruplum præſtari debet eius, quod reſtituere iuſſus erat, nec reſtituit: quocirca cum omne, quod actori abeſt propter vim aut metum ab ipſo illatum, reſtituere iuſſus fuerit, ſequitur, vt non facta reſtitutione, non tantum res ipſa, quæ metu fuit extorta, ſed etiam omnis cauſa, id eſt, omne id, quod hodie habiturus eſſet actor ſi metum paſſus non fuiſſet, quadruplari debet.

Et hoc quidem ſi intra annum agatur actione, quod metus cauſa: quod ſi poſt annum, à quo metus illatus fuit, condemnatio fit duntaxat in ſimplum. Etenim actiones pœnales prætoriæ omnes, excepta actione furti manifeſti, ſunt annales & temporales atque anno præſcribuntur, quatenus ſcilicet pœnales ſunt: at quatenus rei perſecutionem continent ſunt perpetuæ *princ. Inſt. de perpet. & temp. actionibus.*

Sed vtrum iuſſus hic iudicis, quo ante condemnationem iubet rem reſtituere, ſententia ſit; ita vt in actione quod metus cauſa, & cæteris arbitrariis actionibus duæ deſiderentur ſententiæ, quarum vna rem reſtituere iubeatur; altera verò ſi reſtitutio facta fuerit, abſoluatur, aut ſi facta non fuerit, condemnetur reus? Scrupulo & dubio non caret: author noſter iuſſum iudicis ſtatuit eſſe ſententiam adeoque duas requiri ſententias in actione, quod metus cauſa & aliis arbitrariis actionibus, opinatur. *Litera E. Quæ. 38 An in actione quod met. cauſa duplex ſit ferēda ſententia?*

Cæterum mihi ſemper illorum placuit opinio, qui ſtatuunt in arbitrariis actionibus non duas ferri ſententias, quarum vna reus iubeatur rem reſtituere: altera vero abſoluatur, ſi reſtituerit, aut condemnetur, ſi non reſtituerit, ſed vnam duntaxat: cui ſententiæ patrocinantur plerique ſubtiliores Iuriſconſulti è quibus Antonius Faber, in *error. pragmat. dec. 18 capit. 4.* Marcus Lycklama *ad leg. vinum num. 30* Donellus, Franciſc. Hotomannus *ad §. preterea 31. Inſtit. de act.* Weſenbec. *in paratit. ff. quod met. cauſ. nu. 6.*

1. In vſu iuris conſtat ſententiam proprie eam dici, qua lis deciditur *l quod iuſſit ff. de re iudicata.* Atqui, arbitrio & iuſſu iudicis interpoſito, lis non deciditur: nam ſi lis decideretur nullæ eſſent amplius in ea cauſa partes iudicis, nec amplius ſententiā ferre poſſet: quippe qui iudex eſſe deſiiſſet *Liu-*

ſet *l. iudex poſtquam. ff. de re iudic.* Nunc autem iuſſu & arbitrio iudicis lis adeò non deciditur, nec adimitur poteſtas ſententiæ ferendæ, vt hoc ipſo interponatur arbitrium, quo deinde condemnatio aut abſolutio, hoc eſt, ſententia ſequatur.

2. Inſuper ſententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionem, vel condemnationem contineat: atqui arbitrio & iuſſu iudicis non abſoluitur reus, quod expeditum & perſpicuum eſt: nec etiam condemnatur: tum quia ſi non paret ſequitur demum condemnatio *leg. 14. §. 3. Digeſt. quod met. cauſ.* tum etiam quia ſi paret, abſolvitur.

3. Hinc etiam Iuriſcõſulti iuſſum iſtum iudicis nunquam ſententiam, ſed arbitriũ appellant *§. 3. & 4. dict. leg. 14. & §. prœterea. Inſtitut. de act. l. qui reſtituere. ff. de R. vindicat.* Atqui ſi reuera & proprie ſententia eſſet, vel vno aliquo in loco ſententia diceretur.

4. Inprimis verò opinionem hanc noſtram confirmat textus elegans in *dict. leg. 14. § 4 Digeſt. quod met. cauſa*, qui oſtendit, iuſſum ſeu arbitrium iudicis ſententiam non eſſe, ſed hanc demum inſequi: verba textus iſta ſunt: ***Hac autem actio, cum arbitraria ſit, habet reus licentiam vſque ad ſententiam ab arbitro datam reſtitutionem ſecundum quod ſupra diximus rei facere; quod ſi reus non fecerit, iure meritoq́; quadrupli condemnationem patietur.***

Ex his proinde ſtatuendum videtur arbitrium iſtud iudicis, quod in arbitrariis actionibus iudex interponit, non eſſe ſententiam, ſed iuſſum, quem velut arbiter honorarius interponat rei amicè velut componendæ cauſa, ita vt ſi reſtituat, abſoluatur: ſin minus condemnetur.

5. Denique communi opinione Dd. hæc eadem ſententia comprobatur, qua teſte Vdalric. Zaſio iudex in arbitrariis iudiciis rem omnem vna ſententia expedire eamq́; ita concipere debet: ***Condemno te, vt reſtituas rem metu extortam & intra dies octo, intra quindenam reſtituas & niſi feceris condemno te, vt reſtituas rem metu extortam actori.*** Quam ſententiam vſu eſſe receptam, nec ſub conditione, ſed cum ſubordinatione vel ſubalternatione conceptam refert idem Zaſius *dicto loco*; idq́; probare nititur ex ***l. non abs re. penult. Codic. vnde vi. l. conductores Codic. locati***, vbi iudex condemnat vt inuaſor, vel cõductor fundi reſtituat rem intra tempus, & niſi fecerit, perſoluat actori & reſtituat rem cum æſtimatione.

Veruntamẽ quamuis vſu fortaſſis huiuſmodi alternatiua ſententia recepta ſit; à iure tamen noſtro valde abhorret: ſiquidem ex infinitis legibus conſtat, quod iuſſus & arbitrium iudicis præcedat & condemnatio demum ſequatur, ſi obtemperatum iuſſui non fuerit ***§. prœterea. Inſt. de act. d. l. 14. §. 3. & 4.***

Non obſtat huic ſententiæ, quod neque è iudiciorum auctoritate, neq; è iudicum grauitate ſit, neq; vllo iuris loco probari poſſit, quod in vlla actione ſeſe, vt amicabilem compoſitorem interponat, ita vt ſi admonitioni eius non pareatur grauius aliquid inde ſequatur.

Nam hoc proditum eſt omnibus illis in locis, in quibus de arbitrariis actionibus agitur, quibuſq́; aſſeritur, quod iubere prius debeat iudex rem reſtituere, & poſt demum non reſtituentem condemnare, vt in ***§ 27. & 31. Inſt. de act. l. 14. §. 3. 4. & 5. ff. quod met. cauſa. l. 18. ff. de dolo. l. 2. & 4. Digeſt. de eo quod certo loco. l. 72. de rerum vindic.*** Nec hoc quicquam iudicis grauitati aut iudiciorum auctoritati detrahit. Cum hoc humanitati potius & benignitati tribuatur ***leg. 14. §. 1. in verb.*** Satis clementer cum reo prætor egit, vt daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam euitare.

Non etiam obſtat, quod reus vix vnquam tam foret vecors, vt admonitus nõ pareat, cũ ſatis intelligere poſſit ex admonitione ſiue interlocutione, niſi pareat grauiorẽ ſubiturũ ſe cõdemnationẽ, q̃ tamen pa-

men parendo euitare poſſit, vt ita hic luſus magis fuerit, quam iudicium.

Quod enim rei quandoque ita contumaces exiſtant, vt huic iuſſui non pareant, quamuis ſciant grauiorem condemnationem eſſe ſubſecuturam, experientia non ſolum comprobat, ſed etiam textus prope infiniti oſtendunt; omnes, inquam, illi in quibus de arbitrio hoc in arbitrariis actionibus interponendo agitur.

Equidem Matthæo Weſenbecio aſſentiri non poſſum, quando in arbitrariis iudiciis ſtatuit iuſſum ſeu arbitrium interponi opus non eſſe, ſed reo etiã reſtituere non iuſſo facultatem concedi offerendi reſtitutionem vſque ad ſententiam, atque ita paratus ſoluere euitet condemnationem, quod ni faciat ſed ſententiæ finẽ expectet, in quadruplum deinceps condemnetur.

Hanc, inquam, ſententiam probare nõ poſſum, tum quia actiones hæ exinde arbitrariæ dicuntur, quia arbitrium & iuſſus iudicis præcedere ſententiam debet *§. praeterea Is de act.* tum quia expreſſe Impp. Iuſtinianus *in §. 31. I. de act.* actiones has arbitrarias ex arbitrio iudicis pendere dicit, & idcirco pendere ab arbitrio iudicis, quia niſi arbitrio iudicis cum quo agitur actori ſatisfaciat, condemnari debeat *d. §. præterea*, tum quia actione arbitraria quod metus cauſa natura tacite cõtineri dicitur, vt qui IVDICIS IVSSV ipſam rem actori reſtituit abſoluatur. *§. 27. I. de act.* IVSSVS proinde iudicis neceſſarius eſt, vt ſequatur abſolutio. Idem probat *l. 18. pr. Digeſt. de dolo.*

Qu. 39. *An quis ſuum vel ſibi debitum ſine iudice, propria authoritate vindicare poßit?* Pro Coronide Autor noſter annectit hoc loco tractationem & declarationem *l. extat. 13. ff. quod met. cauſa.* De cuius intellectu priuſquam diſſeramus, placet verba eius adſcribere: ea vero hæc ſunt: *Extat decretum Diui Marci in hæc verba: Optimum eſt, vt ſi quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. Cum Marcianus diceret vim nullam feci; Caſar dixit, tu vim putas eſſe ſolum ſi homines vulnerentur, vis eſt, & tunc quotiens quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem vllam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipſo ſibi ſponte datam ſine vllo iudice temere poſſidere vel accepiſſe, iſque ſibi ius in illam rem dixiſſe, ius crediti non habebit.*

Sententia huius legis hæc eſt, quod ſi quis rem debitam per vim exegerit, propriaque authoritate occuparit, is iure crediti ſui priuetur.

Etenim è re publica eſſe non videtur, cuiuis permitti ſuum ſibi propria authoritate atque priuatim ſine iudice vindicare, occupatum ab alio recuperare, debitumque per vim debitori extorquere, adeoque ius ſibi ipſi dicere *l. 10. ff. de iuris dict.* Hoc ſiquidem magnis tumultibus occaſionem præbere poſſet *l. non eſt ſingulis de Reg. Iur.* Debitor quippe non facile vim debitoris ferret, ſed vim ſibi illatam à creditore vi repellere conaretur: vnde non modo contentiones acerbæ; ſed etiam pugnæ atque cædes: & ſi inter potentiores res ageretur, factiones, ſeditiones & inteſtina bella, reipublicæ perniciosiſſima, orientur. Donell.

2. Quin etiam per ſe iniquum foret quenquam iudicem fieri in re & cauſa propria *l. Iulianus ait. Digeſt. de iudiciis.* Quare etiam Imperat. Gratianus, Valens & Valentin. generali lege decreuerunt: neminem ſibi eſſe iudicem, vel ius ſibi dicere debere, cum in re propria iniquum admodum ſit, alicui licentiam tribuere ſententiæ *l. vnic. Codic. ne quis in ſua cauſa.* Et Honorius atque Theodoſius Impp. idcirco, aiunt, iudiciorum vigorem iuriſque publici tutelam in medio eſſe conſtitutam, ne quiſquam ſibi permittere valeat vltionem. *l. 14. C. de Iudæis.*

3. Et ſane ſi cuiuis priuato permitteretur, vt ſibi ius diceret, exponerentur omnium ciuium, præcipue vero tenuiorum, bona libidini atque auaritiæ potentum, vt è quibus facile extituri eſſent, qui

prætextu debiti aut iuris in re quapiam ſibi conſtituti, per vim tenuioribus ſua eriperent illosque iure ſuo ſpoliarent. Donell. *17. comm. 2.* Ad hæc igitur præcauenda iudicia publica conſtituta ſunt, atque legitimæ actiones proditæ, quo quisque ius ſuum in iudicio perſequeretur & obtineret pœnæque illis, qui ſibi ius dixerint, ſuorumque iudices extiterint à legibus decretæ ac præfinitæ ſunt. Sic vt qui probatus fuerit rem vllam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipſo ſibi ſponte datam ſine vllo iudice temere poſſidere, vel accepiſſe, ſibique ius in eam rem dixiſſe, ius crediti amittat hac noſtra *l.13.* Si quis vero rem ſuam, quantumuis ſine dolo malo, is rei quidem ſuæ dominium amittat: alienam vero rem, vna cum eiuſdem æſtimatione reſtituere compellatur. §. 1. *I. de vi bonor. rapt. l. 6. & 7. l. fin. C. vnde vi.*

Non obſtat huic ſententiæ *l. qui vas argenteum 48. Digeſt. de furt.* In qua ei, qui furi vas furtiuum abſtulerat, aduerſus furem actio in duplum conceditur; nec is iure ſuo priuatur, adeoque iure & impune ſibi iudex extitit & ius dixit. Sic enim ibi Vlpianus: *Qui vas argenteum perdiderat eoque nomine furti egerat, de pondere vaſis controuerſia cum eſſet, & actor maius fuiſſe diceret, fur vas protulit, id is, cuius erat, abſtulit ei qui ſurripuerat, dupli nihilominus condemnatus eſt. Rectiſſime iudicatum eſt.*

Hoc, inquam, ſententiæ noſtræ nil quicquam detrahit: nam bene Cuiacius *in d. l. extat. 13 Digeſt. quod met. cauſ.* reſpondet: auferre eo in loco non ſignificare per vim auferre & propria authoritate recuperare, ſed remediis legitimis ac iure ad hoc proditis recipere.

Hugo Donellus reſpondet; eam legem 48. loqui de fure, qui cum vaſe, quod abſtulerat, aufugerit. Quem proſequi eidemque rem ablatam extorquere, idcirco iura permittant, quia melius ſit occurrere in tempore, quam poſt factum vindicare, quod ſerum ſit punire iudicio, cum nulla amplius vltione aut remedio res ſalua præſtari poſſit. *l. vnic. Cod. quando liceat vnicuique.* Qua eadem de cauſa permiſſum eſt, debitorem cum re aufugientem ſiſtere, eique debitum vi extorquere *l. ait prætor. 10. §. debitorem. Digeſt. quæ in fraudem creditorum.* Quod Cuiacius ex lege duodecim tabularum originem trahere exiſtimat, qua lege ſcriptum erat: *Si caluitur pedemque ſtruit, manum endo iacito.*

Similiter non obſtat *l. quemadmodum. 29. §. 1. Digeſt. ad L. Aquil.* in qua domino permittitur propria authoritate, abſque iudice, quod in ſuo factum & ædificatum eſt, tollere ac demoliri.

Etenim eo loci, qui priuata authoritate ædificium demoliebatur, rem poſſidebat, in eaque extructum deſtruebat: at in legibus iſtis, quibus negatur ſibi licere ius ſine iudice dicere, aut rem ſuam ab alio auferre, ſermo eſt de eo duntaxat, qui non poſſidet.

Adde, quod is, qui deſtruit, quod in ſuo factum aut ædificatum eſt, idcirco iure id faciat, quia non alienum, ſed ſuum deſtruit: nam ædificium alieno ſolo impoſitum, cedit ſolo, ac proinde dominus ſoli, vtpote ſuum deſtruere & demoliri poteſt.

Non obſtat porro *l. 55. Digeſt. de furt.* in qua Vlpianus: cum creditor rem ſibi oppignoratam aufert, non videri eum contrectare, ſed pignori ſuo incumbere.

Hoc enim non euincitur, quod iure faciat creditor rem ſibi oppignoratam propria authoritate auferendo; ſed hoc ſolum exinde ſequitur, quod creditor furti crimen hoc caſu non incurrat: Vbi tamen procul dubio hoc præſupponendum creditorem putaſſe ius & fas ſibi eſſe, rem oppignoratam debitori propria authoritate auferre: hoc quippe caſu cum deſti-

deſtituatur animo furandi, furtum committere dici non poteſt.

Non denique repugnat, quod domino directo concedatur Emphyteutam, Canonem intra triennium non ſoluentem propria atque priuata authoritate expellere *l.2.C.de iure Emphyteut.* quodq; locatori integrum ſit, ob non ſolutam penſionem colonum ſiue cōductorem è fundo eiicere. *l. Æde C. de locat.l.quaro §.Interlocutorem ff.eod.tit.*

Hinc enim minime ſequitur, quod Emphyteutam vel conductorem priuata authoritate expellere liceat: nam verbum *expellendi* in adductis legibus ad iuris intellectum referri debet: ac proinde non corporalem deiectionem ſignificat, ſed legitimam expulſionem, quæ fiat miniſterio iuris per remedia iuris ac competentes actiones, operaque & Autoritate iudicis.

Qu. 40. *An qui rem non debitam debitori aufert, ius crediti amittat?*

Sed hinc quæſtiones nonnullæ admodum controuerſæ ſuboriuntur: primo enim quæritur, vtrum quod oratione Diui Marci conſtitutum eſt de re debita, quod creditor eam auferens iure ſui crediti cadat, extendendum quoq; ſit ad rem aliam quā debitam, ita vt ſi creditor debitori ſuo rem non debitā auferat, creditū amittat? Equidem negarunt hoc Accurſius & Iohannes antiqui Gloſſatores, ſtatuentes creditorem aliam rem, quam debitam auferentem, creditum ſuum non amittere, ſed illud duntaxat ius perdere, quod in iſta habuerit.

Ratione vero hac mouentur, quod extenſio legis pœnalis facienda non ſit, *cap. odia de R. Iur. in ſext.* At *d. lex extat. 13.* ſit pœnalis, pœnam ſatis grauem & duram in eo ſtatuens, qui creditum ſuum propria authoritate debitori extorſerint, maxime cum & aliis Imperatorum conſtitutionibus iam ante de hoc caſu prouiſum eſſet.

Cæterum Iacobus Cuiacius & Iacobus Menochius in locis ab Autore citatis, recte in contrariam diſcedunt ſententiam, ſtatuentes quod conſtitutio Diui Marci non modo de re ipſa debita, ſed de alia quacunque re debitoris, etiam non debita, intelligi debeat.

Quæ ſententia his rationibus confirmatur. 1. Conſtitutionis ipſius Diui Marci verba manifeſte loquuntur de qualibet re debitoris, nec illud ſpectat, habuerit in ea ius creditor nec ne: quisquis igitur probatus mihi fuerit *rem vllam* debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipſa ſponte ſibi datam, ſine vllo iudice temere poſſidere, vel accepiſſe, iſque ſibi ius in eam rem dixiſſe, ius crediti non habebit.

2. Stante ſententia contraria ſequeretur, quod de eo caſu, quo quis rem aliam debitoris ſibi non debitam ſurripuerit nihil penitus eſſet in iure diſpoſitum, cum nulla alia ante Diui Marci conſtitutionem extiterit conſtitutio de iſto caſu quicquam diſponens: at hoc dictu abſurdum videtur, cum frequentius & facilius vt plurimum ea occupari poſſint, quæ obligata non ſunt, quam quæ obligata ſunt: cum ſub arctiori cuſtodia obligata cuſtodiri ſoleant.

3. Non debet melioris eſſe conditionis occupans non obligata, quam occupans obligata: cum in obligatis videatur ſubeſſe color quidam & iuſta quædam ratio ad excuſandum.

4. Vbi obtinet ratio iuris ibi quoque iuris diſpoſitionem locum ſibi vindicare neceſſum eſt: atqui ratio conſtitutionis D. Marci generalis eſt, atque in eo quoque caſu, de quo loquimur obtinet, hæc ſcilicet ratio; ne audax creditor, ſpreta iudicis authoritate ſibi ipſi ius dicat manu, exindeque tumultus aliquis reipublicæ pernitioſus & periculoſus ſuboriatur, quem ſuboriri poſſe, etiam re non debita debitori ſurrepta.

Non mouet ratio in contrarium adducta: quod enim pœnalis conſtitutionis D. Marci extenſio non fiat, ſed ipſa expreſſe

expreſſe concepta ſit de re quoque debitoris non debita, ex prædictis verbis ipſius conſtitutionis liquido pateſcit. Deinde nego pœnales conſtitutiones ex rationis identitate extenſionem non admittere eiuſq; contrarium luculenter demonſtraui in tractatu de interpretatione iuris.

Nec concedendum eſt pœnales conſtitutiones eſſe ſimpliciter odioſas: vt enim tales videri poſſint reſpectu delinquentis: reſpectu tamen reipubl. ad cuius commodum pertinet delicta puniri, maximum continent fauorem: præſertim quando facinora, quę peſſimi ſunt exempli & directo in reipublicæ tendunt perniciem, coercent.

Qu. 41. *An l. extat. locũ habeat in creditore qui rem ſibi debitam, authoritate incompetẽtis iudicis aufert?*

Cum porro præfata D. Marci conſtitutio de eo loquatur creditore qui propria atque priuata authoritate, SINE IVDICE, rem aliquam debitori abſtulerit; quæſtio eſt, quidnam de eo dicendum ſit creditore qui authoritate quidem iudicis, ſed incompetentis rem debitori per vim extorſerit: anne & hic ius crediti amittat & iure ſuo priuetur?

Pro negatiua inprimis facere videntur conſtitutionis verba, aperte concepta, de eo qui ſine iudice rem quampiam debitori ſuo ſurripuerit. Proinde ad eum, qui iudicis, quantumuis incompetentis, authoritate, & ope, quid debitori abſtulerit, accommodari Diui Marci conſtitutio nõ poterit: maxime cum generaliter loquatur, nec quicquam diſtinguat inter competentem & incompetentem iudicem.

Sed hac ratione ſepoſita, verius eſt, prædictam conſtitutionem D. Marci & in eo ſibi locum vindicare, qui incompetentis iudicis authoritate quippiam occuparit: propterea quia incompetens iudex pro iudice non habetur: vnde qui incompetentem adiit iudicem, neminem adiiſſe dicitur *l. quoties. ff. qui ſatisd. cog.* Nulla ſiquidem eſt incompetentis iudicis, quatenus talis, iuriſdictio *l. extra territorium. ff. de iuriſdict.* Et limites ac terminos ſuæ iuriſdictionis excedens pro priuato habetur. Quocirca in cõſtitutione Diui Marci per iudicem procul dubio competens iudex intelligitur, qui ſolus verus eſt iudex, & conſequenter ad hunc etiam, qui authoritate & ope incompetentis iudicis quippiam ſurripit, referenda eſt *d. l. extat. 13. ff. quod met. cauſa.*

Qu. 42. *An in eo locum habeat qui pignoris poſſeſſionem ex præcedẽte conuetione ſine vi ingreditur?*

Quæritur etiam vtrum D. Marci conſtitutio locum habeat in eo, qui pignoris poſſeſſionem ex præcedente conuentione, ſine vi, ꝓpria authoritate ingreditur?

Affirmantium ſententia verior eſt. Primo enim certum eſt quod is, qui ex conuentione ingreditur poſſeſſionem pignoris, vim facere non cenſeatur: ſic enim *in l. 3. C. de pignorib.* Seuerus & Antoninus: *Creditores qui non reddita ſibi pecunia conuentionis legem ingreſſi poſſeſſionem exerceat, vim quidem facere non videntur: Attamen auctoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent.* Atqui conſtitutio D. Marci de eo loquitur, qui vi occupat rem ſibi debitam, nulla præcedente conuentione; proinde pœna illius conſtitutionis ad eum nequaquam accommodari poteſt, qui ex præcedente conuentione ingreditur poſſeſſionem pignoris.

Accedit vlterius ad huius confirmationem textus *in l. 11. Codic. de pignor. act.* in quo expreſſe oſtenditur minime prohibitum, ſed licitum ac permiſſum eſſe ex antecedente conuentione poſſeſſionem pignoris apprehendere propria authoritate, dum ibi dicitur non debere creditorem citra conuentionem, vel præſidalem iuſſionem debiti cauſa res debitoris arbitrio ſuo auferre. Cui certe conſequens eſt, quod ex conuentione, vel præſidali authoritate poſſit res debitas arbitrio ſuo auferre.

Quapropter vim non facit, nec pœnam meretur, qui ingreditur poſſeſſionem propria authoritate.

Ex his itaque pateſcit in caſu propoſito *d. l. extat.* locum habere non poſſe.

Sed

Sed vtrum iure faciat, qui priuata authoritate ex conuentione poſſeſſionem pignoribus apprehendit, porro quæritur? pœnam ipſum *d. l. extat.* non incurrere, iam oſtenſum eſt; ſed interim iure eum non facere, nec iuſtam ipſius eſſe poſſeſſionem ſtatuit Donellus in *d. l. 11. C. de pignorat. act.* etiamſi debitor non reluctetur, nec ingredienti reſiſtat.

Sed, meo iudicio, à vero longiſſimè aberrat Donellus: quod enim iure poſſeſſionem pignoris occupare poſſit creditor ex pacto perſpicuè probat *d. l. 11. C. de pignor. act.* in qua cum dicitur, quod non poſſit creditor citra conuentionem, aut præſidialem iuſſionem res debitoris arbitrio ſuo auferre, ſatis ſignificatur, quod ex cõuentione, vel præſidiali iuſſione ſuo arbitrio poſſit creditor poſſeſſionem occupare ſuo arbitrio, h. e. ſua authoritate, etiam ſine magiſtratu.

Et quanquam Donell. & Sichardus hęc verba ex conuentione vel præſidiali iuſſione copulatiue accipiant: ſic vt aliquis ſimul ex conuentione & præſidiali iuſſione poſſeſſionem pignoris ingredi poſſit: non vero ex ſola conuentione: oratio tamen textus apertè reclamat, vt quæ non ſit coniunctiua & copulatiua, ſed diſiunctiua ac ſignificet ſatis eſſe, ſi vel conuentio, vel ius dicentis authoritas interuenerit. Hotoman. *in d. l. 3. C. de pignoribus.* Quin etiam dum dicitur *ſuo arbitrio poſſe occupari poſſeſſionem pignoris ex conuentione.* ſequitur quod ex ſola conuentione ſine magiſtratus authoritate poſſit pignoris poſſeſſio apprehendi: non enim ſuo arbitrio quis facit, quod iuſſione & authoritate ius dicentis facere cogitur.

Non igitur iniuſta dici poteſt poſſeſſio, quam quis ex conuentione, propria authoritate, nec debitore reluctante ingreditur.

Non obſtat primo *l. 3. C. de pignoribus.* Vbi in caſu noſtro apertè ſcribitur: non quidem vim facere creditorem, dum legem conuentionis exercens, poſſeſſionem ingreditur, ſed eum authoritate pręſidis poſſeſſionem adipiſci debere.

Reſp. nam Hotoman. reſpondet, *verſic. Attamen d. l. 3.* eſſe conſilij, non neceſſitatis, quod euincit *d. l. penult. C. de pign. act.* & nos in proxima quæſtione prolixius dicemus.

Similiter non reſiſtit *l. 14. C. de diſtract. pign.* Cuius hæc ſunt verba: *Si in hoc, quod iure tibi debetur ſatisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus, aditus præſes prouinciæ tibi diſtrahendi facultatem iubebit fieri.*

Reſp. etenim ipſimet largimur, quod authoritate præſidis poſſeſſio ſit apprehenda; ſed tum quando pactione non conuenit ab initio inter debitorem & creditorem, vt hic poſſit propriâ authoritate pignus occupare, de quo caſu in præſentiarum nos loquimur: nihil proinde ad rem facit *d. l. 14.* vt quæ non de caſu propoſito, ſed de eo loquatur quo conuentio de poſſeſſione pignoris ingredienda nulla præceſſit.

Expeditum igitur puto, quod creditor ex conuentione propria authoritate poſſeſſionem ingrediens, iure poſſeſſionem, adeoq; iuſtam poſſeſſionem nanciſcatur.

Sed vtrum idem & tunc obtineat, quãdo ex antecedente conuentione, debitore reluctante & prohibente, per vim occupat poſſeſſionem creditor, quæſtio valde intricata eſt.

Donellus, Sichardus, Iacob. Cuiacius, poſt Azonem & Bartolum in *d. l. 3. Cod. de pignorib.* ſtatuunt, eos, qui vi ingrediuntur poſſeſſionem pignoris, aperte vim facere teneri legibus Iul. de vi publica & priuata: itemque incidere in pœnam *d. l. extat. 13 ff. quod met. cauſ.*

1. Quia in hanc rem videtur eſſe textus expreſſus in *l. in poſſeſſionem. 5 Cod. ad L. Iul. de vi,* vbi ita ſcriptum eſt: *In poſſeſſionem fundi, licet creditor per vim ingrediatur, Iuliæ legis vis priuatæ reus deferri poteſt.* Nihil

in hac lege;ait Donellus diſtinguitur. Ex quo colligi poteſt, nihil referre, vtrum creditor rem ſibi non obligatam occupet, an ſibi obligatã, & vtrum ex conuentione ingrediatur poſſeſſionem, an ſine conuentione.

2. Nulla, inquiunt, pactio valet, quæ ſit cõtra bonos mores; nulla quæ ad amouendum quid, aut aliter delinquẽdum inuitat *l. 5. ff. de pact. dotal. l. pact. quæ contra C. de pact.* Atqui conuentio talis, qua conuenit, vt per vim liceat ingredi poſſeſſionẽ pignoris, eſt contra bonos mores & ad delinquendum inuitat, quia omnis vis in priuatis eſt contra bonos mores *l. 3. ff. quod met. cauſ. l. nihil conſenſui de Reg. Iur.* & vis omnis delictum eſt. & eiuſmodi delictum, quod publicis legibus vindicatur: non igitur valet talis pactio, vt liceat per vim ingredi poſſeſſionem fundi: nec pactio iſta, vt liceat ingredi poſſeſſionem, de violenta ingreſſione accipienda eſt.

3. Quæcunque pactio occaſionem præbet tumultibus, rixis, ſeditionibus ac cõtentionibus, illa ſine dubio, vt Reipublicæ perniciosa tolleranda non eſt *leg. non è ſingulis ff. de Reg. Iur.* Atqui conuentio, vt liceat etiam per vim ingredi & occupare poſſeſſionem, præbet tumultibus, bellis atque contentionibus occaſionem. Proinde huiuſmodi conuentio non valebit, nec ex ea licite poſſeſſionem quis ingredi poterit.

4. Idem quoque Martinus gloſſator euincere conatur *l. conductores Cod. de locato. l. non abs re C. vnde vi.* vbi ſi loco tibi domum meam ad annum, ſed anno finito non vis egredi domum, me iubente, non poſſum te expellere vi, ſed aduerſus te agere debeo actione locati vel præſcript. verbis. Quod ſi igitur conductor, qui nullum ius habet in re cõducta, per violentiam expelli nequit multo minus poteſt debitor, qui rei pignoratæ dominus, inuitus & reſiſtens à creditore adigi vt ſe admittat in poſſeſſionẽ pignoris.

5. Emptor ſua auctoritate ſine voluntate domini poſſeſſionem adeptus iniuſtè & mala fide poſſidet *l. ſi ex ſtipulatione l. fundi. ff. de acquir. poſſ.* Idem igitur de creditoribus in ſimili cauſa dicendum eſt.

6 Quotiens quis poſſeſſionem ſine domini voluntate nanciſcitur toties poſſeſſio iniuſta eſt *l. ex ſtipulatione l. fraud. ff de acquir. poſſ.* Atqui creditor poſſeſſionẽ pignoris, repugnante & prohibente debitore, ſine voluntate domini nanciſcitur, vt patet: igitur iuſta dici non poteſt.

7. Denique huc quoque facere videtur *l. 3. C. de pignoribus.* vbi ita ſcriptum eſt: *Creditores qui non reddita tibi pecunia, conuẽtionis legem ingreſſi, poſſeſſionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent*: Cuius reſcripti hanc eſſe mentem ſcribit Donellus, quod etſi is, qui ex conuentione poſſeſſionem pignoris ingreditur, vim non faciat, nec creditum amittat, quaſi vim feciſſet: non tamen iuſtam acquirere poſſeſſionem, ſed ad hanc acquirendam opus eſſe vt præſidis auctoritate poſſeſſionem ingrediatur: idque ait verbum DEBET, quod neceſſitatis eſt, perſpicue ſignificare.

Sed rectius Iohannes gloſſator, quem Accurſius ſequitur, & laudat Giphanius ad *l. 3. C. de pignorib.* contrarium ſententiam approbant.

Potiſſimum ac principale fundamentum ſuæ opinionis conſtituunt *l. 11. C. de pign act.* in qua clare ac perſpicue Impp. ſignificant creditorem, vel ex conuentione, vel authoritate iudicis pignoris poſſeſſionem apprehendere poſſe; adeoque ſolam conuentionem ad hoc ſufficere: nec diſtinguunt Impp. vtrum per vim, an ſine vi ingrediatur creditor poſſeſſionem, neque audiendi ſunt diſſentientes qui verba iſthæc *citra conuentionem vel præſidialem iuſſionem* diſiunctiue accipiunt, quaſi Impp. ait ſcripſiſſent, *citra conuentionem & præſidialem iuſſionem*, ſic vt duo exigant, ſi velit cre-

creditor auferre rem debitoris, conuentionem & auctoritatem iudicis.

Hęc n. interpretatio idcirco recipi non poteſt, quia, etſi particula *VEL* ſæpe pro *ET* ponatur & copulandi vim habeat *l. ſæpe ff. de verb. ſignific.* Hic tamen à propria verbi ſignificatione in dubio non eſt recedendum *l. non aliter ff. de legat. 3.* ac proinde hæc particula non coniunctiuè, ſed diſiunctiuè accipienda erit, quia ſua natura diſiungit, non cōiungit. Accedit quod, hac interpretatione admiſſa, ſequeretur, neminem poſſe ingredi poſſeſſionem fundi, niſi qui hoc faciat ex conuentione ſimul & iuſſione præſidis: adeoque ſolam præſidis auctoritatem nō ſufficere, quod plus quam abſurdum eſt. Refragatur præterea iſti interpretationi etiam hoc, quod ſubijciunt Impp. ſuo arbitrio poſſe aliquē ingredi poſſeſſionem ex conuentione: At ſuo arbitrio non ingrederetur poſſeſſionem, ſi aliter apprehendere poſſeſſionem non poſſet, quam ſi auctoritas, ſiue iuſſio præſidis accederet.

2. Conuentio omnis ſeruanda eſt *l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de conſtituta pecunia*, quoniam quod ſemel placuit, amplius diſplicere non poteſt *l. ſicut. C. de obligat. & act. & quod ſemel placuit de R. Iur.* Proinde ſi conuenit, vt creditor propria authoritate ingredi poſſeſſionem, conuētio cuſtodienda eſt & debitor improbe agit, qui contra pacta conuenta audet reſiſtere, quia nec eſt, quod quis prætendat talem pactionem eſſe contra bonos mores: ad hoc enim poſtea reſpondebitur.

His non reſiſtunt, quæ pro contraria opinione adducta fuerunt: primò enim ad *l. in poſſeſſionem. 5. Cod. ad L. Iul. de vi.* reſpondetur ſi quid ad rem & propoſitum faceret, tum probaret, quod is, qui ex conuentione poſſeſſionem pignoris occupat, & reſiſtente ac repugnante debitore ingreditur, vim faciat & pœnam legis Iuliæ de vi incidat: ſed hoc repugnat aperte reſcripto Diuor. Seueri & Antonini in *d. l. 3.* vbi reſcribunt, creditorem in propoſito vim non facere: deinde repugnaret quoque ſentētia Donelli cæterorumque diſſentientium, qui omnes fatentur quod vim non faciat creditor qui ingreditur poſſeſſionem ex conuentione. Secūdo reſpondetur, verum eſſe, quod in *d. l. 5.* dicitur creditorem teneri de vi, ſed ita interpretandum eſſe, ſi ſine pacto vi poſſeſſionem ingrediatur: non ſi ex pacto ingrediatur poſſeſſionem: hic enim vim non faciat *dict. l. 3. Cod. de pignoribus.* Nec vllam iniuriam debitori infert, quia non intelligitur pati vim aut iniuriam, qui ſemel voluit *l. in diem. Digeſt. de aqua & aquæ pluuiæ arcend.* Et quanquam in illa *l. 5.* non diſtinguatur vtrum conuentio præceſſerit de occupanda poſſeſſione, an vero non; diſtinctio tamen hæc ſumenda ex *l. 11. Cod. de pignorib. act.* & huic *l. 5.* accommodanda: perpetuum ſiquidem eſt, quod lex cum lege conferri & vna ex altera explicari debeat: ſufficit itaque quod alia lex ita diſtinguere iubeat.

Ad ſecundum reſpondetur, ſæpè accidere vt licèt de eo, quod contra bonos mores eſt, ac delinquendi occaſionem præbet, expreſſa cōuentio nō valeat, tacita tamen valeat conuentio: de quo textus extat expreſſus in *l. 27. §. 3. ff. de pact.* In quo ita Paulus: *Illud nulla pactione effici poteſt, ne dolus præſtetur, quamuis ſi quis paciſcatur ne depoſiti agat, vi ipſa pactus videatur, ne de dolo agat, quod pactum proderit*: pactum ne de dolo agatur eſſe contra bonos mores & delinquendi occaſionem præbere, dubium nullum eſt: & tamen pactum tacitum de dolo non præſtādo valere ac ſubſiſtere, apertè hic Paulus profitetur: quo ſpectat regula iuris: expreſſa nocent, non expreſſa non nocent *l. expreſſa 195. de Reg. Iur.*

Quocirca, etſi nō valeat pactum expreſſum vt per vim liceat ingredi poſſeſſionem, valet tamē tacitū, quod cōtinetur

iſta conuentione qua conuenit, vt liceret occupare poſſeſſionem: præterea obſeruandum eſt quod in propoſito non præſupponamus huiuſmodi conuentionem qua placuerit quod creditor per vim poſſit ingredi poſſeſſionē; ſed talem qua conuenerit, vt poſſit propriâ authoritate poſſeſſionē fūdi occupare creditor, cui poſtmodū conſequens ſit, vt, ſi pœniteat debitor, nolitq; ad poſſeſſionē admittere creditorem, ſed ei ingredienti reſiſtat, valeat creditor nihilominus poſſeſſionē apprehendere; quia quamuis nolit debitor creditorem admittere, tamen creditor, debitore inuito ingreſſus, ex volūtate debitoris poſſeſſionē nactus intelligatur, vt quā ex conuentione naneiſcatur; in re quippe tradenda & poſſeſſione acquirenda non præſens, ſed præterita voluntas ſpectatur *l. fund. ff. de acquir. poſſeſ.* quam debitor reuocare non poteſt *l. 12. §. 2. & 3. l. antepenult ff. de ſolut.* Poſtremò id, quod ab initio cum debitore conuenit, id etiam inuito eo fieri poteſt *l. de acceſſionib. in fine ff. de diuerſ. temp. except. l. in diem ff. de aqua pluu. arcend.*

Non refragatur huic quod Donellus regerit, non eſſe ſatis, debitorem voluiſſe ab initio, niſi in ea quoq; voluntate perſeueret: nam imò ſufficit cum ſemel voluiſſe, quoniam perſeuerare cogitur in prima ſua voluntate, nec eam mutare poteſt in præiudicium & detrimentum creditoris *dict. leg. ſicut. Cod. de obligat. & act. d. l. 1. de pact.* Nec etiam reſiſtit quod ait, voluntatem reuocari non poſſe, cum iuſta eſt conuentio: At hic conuentionem iuſtam non eſſe, ſed bonis moribus & legibus contrariam.

Reſp. nam iuſta eſt conuentio illa, qua placuit, vt creditor poſſit propria authoritate poſſeſſionē ingredi *d. l. 11. C. de pign. act.* Et ab initio iuſtam eſſe diſſentientes quoque largiuntur: proinde pœnitentia & facto ipſius debitoris conuentio mutari & iniuſta ac bonis moribus contraria effici non poteſt. Non deniq; infringit propoſitum argumentum, quod idem reſpondet Donellus, id quod dicitur, inuitū iniuriam nō pati, qui ſemel voluit, hactenus verum eſſe, ſi proponatur res tantum geſta eſſe, inuito eo, qui voluit *d. l. in diem*, at non idem dicendum, ſi vis ei inferatur quam bonæ leges omnes, vt bonis moribus & publicæ vtilitati inimicam, auerſantur *l. Extat. 13. ff. quod met. cauſa. l. Nihil conſenſui de R. Iur.*

Reſp. Etenim quando creditor, repugnante debitore, ingreditur poſſeſſionē fundi, non tam vim iniuſtam infert, quam vim iniuſtam (qua repellitur à debitore) repellit vi iniuſta: hoc autem omnibus legibus omnique iure permiſſum eſt *l. 3. ff. de iuſtic. & iure.* Et ſane ſi non liceret creditori debitorem reſiſtentem repellere, nō magna vis eſſet conuentionis, ſine facti iſtius de ingrediendo.

Ad tertium reſpondeo; in *l. 1. & 2. C. ſi ſeru exportand° veneat l. pen. u t. ff. de ſeruis exportand.* permittitur venditori propria authoritate manum inijcere in ſeruum, ea lege à ſe venditum, vt exportetur: quamuis fortaſſis ex eo tumultus aliquis, pugna & contentio ſuboriri poſſit. Sic permittebatur olim in ius ducere & obtorto collo rapere aduerſarium, etſi exinde pugna cędes ac tumultus oriri poſſent *tot. tit. ff. ne quis eum qui in ius voc. vi exim.* Regula proinde ſuperior in *d. l. non eſt ſingulis*, non eſt perpetua.

Ad quartum reſpondet Giphanius, in adductis legibus non dici conductorem non poſſe expelli, ſed tantum de actionibus in illis legib. agi, nihil autem negari de expulſione: habere itaq; locatorem aduerſus conductorem iuris remedium, de quo in d. ll. & remedium expulſionis ex *l. æde. Cod. de locato. l. vectigalia §. 1. Digeſt. de publicanis.* Sed rectius fortaſſis hoc modo reſpondetur: in *d. l. conductores. & dict. leg. non abs re*, non agi de caſu noſtro quo conuenerit vt creditori liceret debitorem expel-

expellere: At in propoſito conueniſſe vt liceat creditori ingredi, etiam inuito debitore, poſſeſſionem: proinde impertinenter plane eas leges ad propoſitum noſtrum adduci.

Idem quoque ad quintum reſpondendum: nam ibi emptor, cui tali pacto de re, inuito venditore, propriâ authoritate occupanda, proſpectum non erat, cum creditore, qui cum debitore de ingrediẽda poſſeſſione pactum fecerat, male comparatur.

Ad ſextum iam ſupra ſufficienter reſponſum fuit: vbi demõſtratum eſt, quod ex voluntate debitoris poſſeſſionem creditor nanciſcatur, etiamſi tempore apprehendendæ poſſeſſionis diſſentiat & repugnet debitor: quandoquidem, cum non poſſit pro lubitu & arbitrio ſuo ſententiam ſuam mutare, in eadem ſententia perſeuerare intelligitur.

Ad ſeptimum reſpondetur, vt & ſupra reſponſum fuit, in *d.l.3 verſic. At tamen.* eſſe conſilij non neceſſitatis atque hoc velle, quod ex cõuentione poſſit creditor ingredi poſſeſſionem fundi pignorati ſua authoritate, ſine iudice, ſed melius tutius & vrbanius facere, ſi ingrediatur auctoritate iudicis. Vnde verbum *debet* idẽ quod *poteſt* hoc loco denotare Hotomann. ſcribit: ſic enim aliquando verbum *debet*, accipi in iure noſtro pro *poteſt*, euincit *l. 71. in fine ff. de ſolut.* vbi depoſitarius poteſt quidem lancem, apud ſe à defuncto depoſitam, qui plures, puta tres reliquerat heredes, duobus tantum reddere ſua ſpõte, ſed melius erit hoc per magiſtratum facere, vt ille iubeat lancem parti heredum lancem repetenti reſtituere. Sic & in *l. ſi pupillorum. 7. §. pupillus. ff. de rebus eor. qui ſub tutela.* creditor, cui res pupillaris permiſſu p̃toris, pignori data fuit, dicit̃ poſſe quidem ius ſuum exequi propria authoritate, id eſt pignus diſtrahere, tutius tamen fecerit, ait Iuriſconſultus, ſi prætorem adierit.

Non obſtat denique ſententiæ noſtræ, quod nemo ſibi ipſi iꝰ reddere debeat *l. 10. de iurisd.* & paulò ſupra prolixè hoc demonſtratum fuit: At ius reddit ſibi creditor, qui inuito & reluctante debitore ingreditur poſſeſſionem pignoris.

Reſpond. ſiquidem in propoſito creditor omne quicquid facit, hoc ex debitoris, rei oppignoratæ domini permiſſu ac voluntate facit, vt qui ſemel voluerit creditorem propria & priuata authoritate fundum ingredi. At is demum dicitur ſibi ius dicere, quis abſque iuris authoritate dominique permiſſu, rem alienam ſibi vſurpat.

Ex his igitur pateſcit, quod *d.l. Extat 13. ff. quod met. cauſa,* locum ſibi non vindicet in creditore per vim etiam poſſeſſionem pignoris ingrediente. Sed an locum habeat in legatario, legatum propria authoritate occupante, vide infra *diſp. 13. th. 7. vol. 2.*

RESOLVTIO THESIS
Sexta.

SEcunda cauſa reſtitutionis inintegrum eſt dolus malus, quo quis ad faciendum, veluti dandum, vel permittendum inductus eſt. Dolum malum dico, quia nõ omnis dolus malus eſt, ſed quidam bonus eſt: *Non fuit contentus,* inquit Vlpianus, *prætor dolum dicere, ſed adiecit malum, quoniam veteres etiam dolum bonum dicebant & pro ſolertia hoc nomen accipiebant: maxime ſi aduerſus hoſtem latronemue quis machinetur l. 1. §. 3. ff. de dolo.* Aduerſus hos enim licitum eſſe vti dolo & fallacia, ſed non præſidia, innumeris prope iuris textibus confirmatur, ſic enim Florentinus in *l. 26. ff. de captiu. & poſtlim. reuerſ.* Nihil intereſt quomodo captiuus reuerſus eſt, vtrum dimiſſus, an vi vel fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit; ſed de hac re plus ſatis dictum eſt ſupra *diſput. 6. th 7. lit. A.* Illud obſeruandum quod quotiens doli abſolutè in legibus fit mẽtio, intelligatur in dubio *Lit. A.*

Digitized by Google

dolus malus, vt qui duntaxat propriè eſt dolus.

Definit Seruius dolum quod ſit machinatio quædam alterius decipiendi cauſa, cum aliud ſimulatur, & aliud agitur *d.l.1.§.2.ff.de dolo*.

Quæ definitio, vtrum bona ſit & retinenda, non cōuenit inter Interpp. etenim Antonius Faber *in rationalibus ad d.l.1.n.2.* Hotom. *1.obſ.20.*

Contendunt definitionem Seruij non eſſe bonam nec legitimam idque ſequentibus hiſce argumentis demonſtrare conantur.

1. Quia definitionem iſtam Seruij reprehendit Labeo, cuius ſententia approbatur in *d.l.1.§.2.ff.de dolo.* Cum enim propoſuiſſet definitionem Seruij Vlpianus, ita ſubiicit: *Labeo autem poſſe & ſine ſimulatione id agi, vt quis circumueniatur; poſſe & ſine dolo aliud ſimulari aliud agi, ſicut faciāt qui per eiuſmodi diſſimulationem deſeruiunt, tuentur vel ſua vel aliena*: itaque ipſe ſic definit, *dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera eſt.*

Ecce hic Labeonis ſententia Seruij definitionem improbantis: expreſſe approbatur. Proinde Seruij definitio non eſt bona & legitima.

2. Quia quæcunque vi fiunt & data opera ad alijs nocendū, ea quoq; dolo malo fieri dicuntur: ſiquidem is, qui aliquid rapit, aut metu extorquet ab alio, quippiam, actione doli conueniri dicuntur *l. item §.pen.ff.quod met. cauſa.* & conſequenter dolum admittunt: atqui vis aperta ſimulationem nullam habet. Proinde dolus etiā ſine ſimulatione & machinatione committi poteſt.

3. Quia poteſt eſſe ſimulatio & diſſimulatio ſine dolo, veluti cum à medentib, ægri, vt ſi qs actu quodā vel ſe, vel abſq; vllius iniuria tuetur. Nō igitur rectè dolus à Seruio definitur machinatio talis quæ aliud ſimulatur, aliud agitur. Sed rectè Donellus hanc definitionem Seruij, vt bonā & legitimam retinendam eſſe ſtatuit.

Siquidem eandem quoq; Vlpianus cū Pedio approbat in *l.7.§.9.ff.de pact.* Dolus malus fit calliditate & fallacia, vt ait Pedius: dolo malo pactum fit quotiens circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur, & aliud agi ſimulatur; quæ ſane definitio cum ſuperiore Seruij definitione plane conuenire videtur.

Nec repugnant quæ à Labeone & aliis Seruij definitioni opponuntur: rectè enim ad primum Donellus reſpondet, Labeonem quidem reprehendere definitionē Seruij, ſed reprehenſionē hanc non pbare Vlpianum, nec cū Vlpiano Iuſtinianum, ſed eos probare ſolū definitionem Labeonis, quæ non ſit definitioni Serui contraria, ſed ab ea ſolum, quoad verborū conceptionem, diuerſa. At quoad rem ipſam plane eadem: ita vt Labeo rectè dolum definiat: ſed priorem definitionem Seruij non reprehendat. 1. Quia Vlpianus ait, *Labeonis definitio vera eſt*; nec addit *reprehenſio definitionis Seruiana vera eſt*: Quocirca dū vnum ſolū expreſſe probat Vlpian⁹, ſatis oſtendit ſe alterū non probare. 2. Quia definitionem Seruij apertè laudat & recipit Vlpianus in *d.l.7.§.9.ff.de pact.* Vnde ſequitur infallibiliter quod eam in *d.l.1.§.2.* non reprobarit: nec enim quod vno in loco reprobat, idem in alio loco probare poteſt.

Ad ſecundum quoque argumentum Donelli reſpōſio vera eſt, qui dicit vim apertā per ſe non eſſe dolū, cum vis Leonis ſit, fraus vulpeculæ: ſed quatenus ſimulatio vel præcedit, vel adiuncta eſt, eatenus demum eſſe dolum: ita vt dolus cum ſit cōiunctus, ſic qui metu aliquid extorquet ſimulat ſe velle alicui mortem inferre, aut cruciatum corporis; cum tamen hoc præcipuè non agat, ſed aliud, videlicet vt re, quā cupit, potiatur, ſic & qui vi rem eripit, ſimulat ſe velle obtinere cōſenſu domini, & i-

Digitized by Google

& ideo adhibet vim vt cõſenſus præcedat; ſed reuera aliud agit, nempe vt etiam inuito domino rem obtineat, ſic & in rapinā latrones & prædones ſimulant aliud quam agunt: ſimulant aliud iter, ſimulant ſed aliud agere, quo facilius incautos dominos opprimant, & bona ſine periculo eripiant, vt ita rapina præcedẽtem dolum contineat, licet fortaſſis rapina ipſa non ſit dolus. Qui & illi, qui vi eripiunt, plerumque cauſam huius ſui facinoris fingere & obtendere ſolent. Sic denique & cædes ſimulationes præcedentes & adiunctas habet: ſolet enim occiſor multa ante ſimulare & diſſimulare, quo incautum opprimat & interimat; cauſamque demq; ſceleris ſui fingere & ſimulare ſolet, à qua tamen prorſus diuerſum agit.

Ad poſtremum reſpondetur ſimulationem & diſſimulationem poſſe quidem ſine dolo eſſe, ſed non ſimulationem, quæ fiat alterius circumueniendi cauſa, de qua loquitur Seruius in *d. §. 2.* & Pedius in *d. §. 9. l. 7.*

Non itaq; admittenda eſt ſentẽtia Hotomanni, ex prædicta Seruij definitione verba iſta *Machinationem quandam alterius decipiendi cauſa exprimentis*: Nam reddunt definitionem admodum perſpicuam eãque aduerſus Labeonis tela mire tuentur, vt ipſe Hotoman. fatetur.

Nec ad rem facit, quod Cicero, Seruij familiariſſimus, quoties vſitatam ſuis temporibus doli mali definitionem tradit, toties his verbis ſolis *cum aliud ſimulatur, aliud agitur*, vbi ſolent, vt in *lib. de offic. 3. notandum, inquit, Aquilius Collega & familiaris meus protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipſis cum ex eo quæreretur quid eſſet dolus malus, reſpondebat, cum eſſet aliud ſimulatum, aliud actum. hoc ſane luculenter, vt ab homine perito definiendi.* Et paulò poſt: *Dolus autem malus & ſimulatione & diſſimulatione cõtinetur.* Itẽ in Topicis: *Si dol⁹ mal⁹ eſt, cũ aliud agitur, aliud ſimulatur &c.* Quib. omnib. ex locis patere arbitratur Hot. breuẽ illã definitionem, Ciceronis temporib. receptã, inter ICtos & vſitatam fuiſſe; indeq; probabile eſſe Seru. Sulpitium cũ de dolo tractare inſtituiſſet, eam definitionem tradidiſſe. Reſp. hoc vt dixi non obſtat: nã in mera diuinatione & coniectura conſiſtit, & leuius eſt, quam vt quemquam ad textum dilucidum contra fidem omnium exemplarium, corrigendum adducere, ac mouere debeat: & vt fortaſſis definitio hæc ICtis fuerit admodum vſitata: procul dubio tamen, maioris perſpicuitatis gratia, Serui⁹ verba, quę Hotoman. expũgit, definitioni iſti ICtorum breui inſerere voluit. Sic nec illud mouet, quod ait Hotomannus, Labeonẽm non habuiſſe rationem vllam definitionem Seruij reprehẽdendi, ſi verba iſta *Alterius decipiendi cauſa* definitioni Seruianæ fuiſſent inſerta: tum quia definitio Seruij breuis & rotunda à Labeonis verboſa & exaggerata deſcriptione nihil differt: tum etiam quia argumentis Labeonis ipſa definitio ſatisfaceret, eaque perſpicuè refelleret, vt ex qua liqueret perſpicue, quod Seruius ſimulationes non decipiendi cauſa factas aperte excluſſerit.

Reſp. Fateor etenim Labeonem non habuiſſe vllam iuſtam cauſam reprehendẽdi Seruianam, ac proinde Vlpianũ quoque Labeonis reprehenſionem non approbaſſe, ſed definitionem duntaxat eius commendaſſe, verum eundem potius Vlpianum alio in loco Seruij definitionem expreſſe admiſiſſe.

Dolus porrò vindicatur, quibuſcunq; tãdem in negocijs interueniat, ſiue in cõtractib. ſiue in teſtamẽtis, ſiue in legib. *l. 1. §. fin. ff. de except. doli.* ne ſcilicet dolus ſuus, per occaſionem iuris ciuilis, cõtra naturalem æquitatem proſit *d. l. 1. § 1.* de effectib. verò doli in contractibus, ſuo loco diſſeremus. Illud maxime controuerſum eſt, vtrum e actio doli, perinde vt actio quod metus cauſa ſit in rem ſcripta? *Lit. B.* *Lit. C.* Qu. 43. *An actio doli ſit in rem ſcripta?*

Autori noſtro placet negatiua ex eo fũdamen-

damento,quia actio doli ſit perſonalis: in rem autem ſcriptæ actiones ſint mixtæ, vt ſupra in *theſi 5. Lit. A.* ſtatuit: Veruntamen falſam hanc eſſe hypotheſin ibidem docui. Nam actio quod metus cauſa eſt in perſonam *§. præterea I. de act.* Et nihilominus tamen in rem ſcripta *l. 9. §. fin. ff. quod met. cauſa.*

Veruntamen quod actio doli non ſit in rem ſcripta, prout opinatur Iohannes Coraſius *1 miſcell. 22. n. 5.* ſolide probat *l. 15. §. 2. ff. de dolo.* In qua ita ſcribitur: *In hac actione deſignari oportet eum, cuius dolo factum ſit; quamuis in metu non ſit neceſſe*: Actio enim in rem ſcripta vt ſupra ſub initium *theſis 5.* demonſtratum fuit, ea dicitur, quæ de re generaliter concipitur, ſine deſignatione vllius perſonæ, ad quã actionis verba dirigantur *l. 9. §. 1. & §. final. ff. quod metus cauſa.* idcirco, quia actione doli is deſignatur, qui dolum fecit atque aduerſus hunc dirigitur, idcirco aſſerendum eſt, quod actio doli non ſit in rem ſcripta.

Non obſtat 1. quod ſicut actionis quod metus cauſa verba in rem ſcripta ſint & concepta *l. 1. ff. quod met. cauſa*, ita quoque verba edicti de dolo *l. 1. §. verba ff. de dolo. quæ dolo malo facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio non erit & iuſta cauſa eſſe videbitur, iudicium dabo.*

Reſp. quod enim actio de dolo non cõcipiatur in rem, exinde patet, quod nõ generaliter de re dolo extorta detur, quia alias aduerſus quemuis competeret, qui eam rem poſſideret, etiamſi dolum ipſe non feciſſet, quod tamen in *d. l. 15. §. 2.* diſertè negatur: aliam verò eſſe rationem actionis, quod metus cauſa vt generaliter in rem metu extortam cõcipiatur, ſiue is, aduerſus quem mouetur, poſſideat, ſiue metu poſſidere deſierit.

Sic etiam non obſtat, quod cum actionis de dolo verba in rem concipiãtur *d. l. 1. ff. de dolo.* Nec dolum committẽtis perſonam coerceant: cum item ex defuncti tutoris & procuratoris dolo heredes, procuratores & domini facti locupletiores conueniãtur *l. heredib. l. ſed ſi ex dolo l. in heredem ff. de dolo* atq; ita is, ad quem commodum peruenit teneatur, conſequens ſit actionem doli in rem eſſe ſcriptam.

Reſp. Etenim licet verba edicti generaliter ſint cõcepta illiſq; prętor de eo, quod dolo factum fuerit actionẽ in genere polliceatur, nec exprimat aduerſus quem actio ſit dirigenda: non tamen exinde concludẽdum, quod actio doli in rem ſit ſcripta & aduerſus quẽuis detur quicquid ex dolo percepit: cum leges noſtræ, quæ edictum iſtud prætoris interpretantur, actionem iubeant in perſonam dolum facientis concipi eandemq; in actione doli deſignari *d. l. 15. §. 2.* quod vtique neceſſarium non eſſet, ſi aduerſus quemuis, etiam eũ, qui dolum non fecerit, daretur.

Quod vero actio doli dicitur in heredes ſolum facientis quatenus videlicet locupletiores facti fuerint, dari: hoc minime arguit actionem doli eſſe in rẽ ſcriptam: alioquin cum omnes actiones, ex delictis deſcendentes, in heredes dentur, quaten* rei perſecutionem continent *l. vnic. Cod. ex delicto defuncti*, ne quod turpiter & ſcelere quęſitum eſt ad compendium heredis cedat *l. 16. ff. quod met. cauſ.* conſequens foret omnes actiones, ex delictis deſcendẽtes, in rem eſſe ſcriptas: At hoc ex omniũ confeſſione falſum: igitur falſum & illud.

Nec magis ad rem facit, quod dominus ex dolo procuratoris, ex dolo tutoris pupilli conueniantur: nam & hi omnes hactenus dũtaxat tenentur, quatenus ad eos peruenit *l. 17. §. 1 ff. de dolo.* Proinde quatenus actio pœnalis eſt, atq; infamiam irrogat, in ipſos non datur: ſecus quam actio quod metus cauſa, quæ in eos, qui ex metu quid perceperunt, nõ ſaltem quatenus rei eſt perſecutoria; ſed & quatenus pœnalis eſt, & tripli pœnam continet, datur: & hinc in rem ſcripta eſſe dicitur *l. 9. §. 1. & l. 14. §. 3. ff. quod met. cauſ.*

Quin etiam nullibi traditum eſt, quod actio

actio doli in quemuis detur, qui aliquid ex dolo perceperit, ſi doli particeps non fuerit, vt de actione, quod metus cauſa expreſſis legibus eſt cautum *d. l. 9. §. fin. de dolo.* vbi ita ſcribitur: *Cum aũt hæc actio (quod metus cauſa) in rem ſit ſcripta, nec perſonam vim facientis coerceat, ſed aduerſus omnes reſtitui velit, quod metus cauſa factum eſt, &c.*

Lit. D.

Actio doli, quia famoſa eſt, idcirco aliter dari non ſolet, niſi vbi alia deficiunt remedia, quibus res ſalua eſſe poſſit *l. 1. ff. de dolo.*

Qu. 44. *An ſi exceptio doli cum actione doli concurrat, tum actio per exceptionem excludãtur?*

Verum ſi exceptio doli concurrat cum actione doli, vtrum & tum actio hæc per doli exceptione doli excludatur? quæſtio expedita non eſt.

Etenim Cynus, Gloſſam ſecutus, eundemque poſt ſecuti & alii, ſtatuunt, quod exceptio doli, concurrens cum doli actione, hanc non excludat, ſed is, qui exceptione doli tutus eſt, actione doli nihilominus agere poſſit.

Rationem huius opinionis ſuæ iſtam adducunt, quod quia vtraque ex vna eademque cauſa deſcendant, ideo concurrere non prohibentur.

Sed hanc ſententiam merito Petrus de Bella pertic. Cuiacius *in l. 1. de dolo.* Antonius Faber *in l. fin. eod.* & Sichardus *in l. 2. C. de dolo malo.* improbant.

1. Quia actio doli denegatur ſi vel exceptione, vel quocunque alio remedio ſe ſuaque quis tueri poteſt *l. 1. §. 3. ff. de dolo.* Proinde etiam tum, quando exceptione doli tutus eſſe valet, denegabit̃ actio doli.

2. Quia textus hac de re apertus eſt *in l. fin. ff. de dolo.* in qua Furius Anthianus, *is qui decepit aliquem vt hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, niſi fortaſſe ipſe creditor erat & ſolus erat: tunc enim ſufficit contra eum doli mali exceptio.*

Ecce hic diſerte Iuriſconſultus profitetur, actionem doli, in caſu illic propoſito, non competere, ſi etiam exceptio ſuppetat. Non igitur concurrit actio doli cũ doli exceptione, nec obſtat ratio Cyni quod vtraque, exceptio, inquam, & actio doli ex vna eademque cauſa deſcendat: cum hęc ſit natura actionis doli, eaque etiam conditione promittatur, vt tunc demum detur, ſi aliud remedium deficiat, denegetur vero ſi quo alio remedio poſſit conſuli eius indemnitati, qui dolum paſſus fuit *l. 7. ff. de dolo.* Sufficiet proinde doli exceptio, quippe quæ tantum prodeſſe poſſit ei, qui conuenitur ad excipiendum, quantum actio de dolo volenti agere, ad agendum, vt taceam quod ſemper commodius ſit excipere, quam agere *l. 1. §. ſi reus. ff. de eo per quem fact.* Et doli exceptio hoc amplius habeat, quam de dolo actio, quod perpetua eſt *l. 5 §. vlt. ff. de doli except.* vbi Antonius Faber in rationalibus.

Lit. E.

Qu. 45. *An actio doli cum alius actionibus cõcurrat?*

Cæterum quod dictum eſt, actionem doli cum nulla alia concurrere dubium alicui haut immerito videri poſſet propter textus iuris, quibus expreſſe demonſtrari videtur, quod actio doli cum aliis actionibus concurrat?

1. Primo enim *in l. ſi legatarius. ff. de dolo.* datur actio doli heredi aduerſus legatarium, cui ſupra modum legis Falcidiæ relictum erat, quiq; dolo perſuaſerat heredi, hereditatem ad ſolita legata ſoluenda ſufficere, atque ſic etiam ſolida legata conſecutus fuerat.

Atqui hoc eodem caſu datur condictio indebiti, vt textus eſt *in l. error Cod. ad L. Falcid. l. ſi per ignorantiam l. fideicommiſſum C. de condict. indeb.* Ex quo ſequitur, quod actio doli cum alia actione, videlicet condictione indebiti, concurrat.

2. Præterea *in l. Fideiuſſor. ff. de dolo malo.* fideiuſſor promiſſum animal occidens, & per hoc principalem ſuum liberans conuenitur actione doli: at in eodem caſu fideiuſſorem conueniri actione vtili ex ſtipulatu, pluribus in locis ſcriptum eſt *l. 32. §. vlt. ff. de vſur. l. Mora. Digeſt. de verb. obligat. l. Cum filiusfam. eod.* Cuius rationem reddit Paulus *in l. ſi ſeruum. §. Nunc videamus.*

mus. Digeſt. de verb. obligat. quia quenquam ſuo facto liberari iniquum ſit.

3. Idem quoque euincere videtur *l. certi condictio. Digeſt. de reb. credit.* vbi dicitur, certi condictionem poſſe ex omni cauſa & ex omni obligatione competere, vbi certum quid petitur. Quod ſi igitur ex omni cauſa poteſt competere certi cōdictio: igitur competet ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo competit. Et ita actio doli & condictio certi concurrent.

4. In *l. 1. Codic. de dolo.* Impp. ibi reſcribunt: *Si fideiuſſor à creditore pignora emerit, oblata quantitate ſortis & vſurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, conſultius reſtituet, ne fidei rupta gratia de dolo actio poſſet exerceri*: in hac ſpecie proponitur, fideiuſſorem actione doli conueniri poſſe: at in eadem ſpecie, fideiuſſorem actione mandati poſſe conueniri, expreſſe dicitur *in l. 59. §. 1. Digeſt. mandati.* Vbi ita Paulus: *Fideiuſſorem, qui rem pignoris iure obligatam à creditore emit, mandati iudicio conuentum ab herede debitoris, oblato omni debito, reſtituere cum fructibus cogendum, neque habendum ſimilem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem præſtare debeat.* Quocirca & hic exiſtet actionis doli & actionis mandati concurſus.

5. Quin etiam interdictum vnde vi cum actione de dolo concurrere videtur: nam cum omnis vis in ſe habeat dolum & ſit doli ſpecies *l. 2. §. doli. ff. de vi bonor. raptor.* ſequetur, quod tanquam ſpecialis cum generali poſſit concurrere.

6. Huc inſuper facere videtur *l. Seruius. §. vlt. ff. de dolo*, vbi debitor heredi ſocii perſuaſit, ſibi nullam ſocietatem fuiſſe cum defuncto: proinde nihil ex ea cauſa defunctum debuiſſe, idcirco & heredem eum debitorem iudicio abſolui paſſum fuiſſe; & tamen ſcribit Paulus, placuiſſe actionem de dolo eo nomine dandam eſſe heredi.

At in eadem ſpecie idem ſcribit Paulus, placuiſſe actionem de dolo non dari, quia alio modo ſuccurri poſſit creditori: nam eum ex integro agere poſſe, & ſi obiiciatur exceptio rei iudicatæ, replicatione iure vſurum, *l. 25. ff. eod.*

Veruntamen his argumentis nil quicquam obſtantibus dicendum videtur actionem doli cum alia actione non concurrere, ſed hanc demum tunc dari, quando aliæ omnes deficiunt actiones.

Sententiæ huius iſta ſunt fundamenta.

1. In *l. 1. §. Ait prætor. 3. ff. de dolo malo.* verbis diſertis hoc profitetur Iuriſconſultus, in hæc verba ſcribens: *Si de his rebus alia actio non erit: merito prætor ita demum hanc actionem pollicetur, ſi alia non ſit: quoniam famoſa actio non debuit temere à prætore decerni, ſi ſit ciuilis vel honoraria qua poſſit experiri: Vſque adeo vt & Pedius lib. 8. ſcribat, etiamſi interdictum ſit quo quis experiri, vel exceptio, qua ſe tueri poſſit, ceſſare hoc edictum, idem & Pomponius lib. 28. & adiicit: etſi ſtipulatione tutus ſit quis, eum actionem de dolo habere non poſſe; vtputa ſi de dolo ſtipulatum ſit.*

2. Et *in l. 2. Codic. de dolo.* Imperator Antonius ſcribit: de dolo actionem, cum nulla alia competit, cauſa cognita permitti. Ex quo ſequitur, quod cum alia actio competit, actio de dolo permittatur.

3. In *l. penult. §. 1 Digeſt. de in integrum reſtitut.* expreſſe dicitur ad actionem doli famoſam, tunc demum deſcendendum eſſe, cum alii remedio locus eſſe non poteſt.

4. Atque ratio, ob quam actio doli non poteſt cum aliis actionibus concurrere, ſatis expedita eſt, hæc nempe, quod actio doli eſt famoſa, & ideo non debeat temere à prætore decerni, vbi alia actio eſſet, qua res decepto æque ſalua eſſe poſſet *d. l. 1. §. ait prætor.*

Neque huic ſententiæ quicquam detrahunt

Digitized by Google

trahunt textus in contrarium adducti, nam ad *l. ſi legatarius. ff. de dolo malo.* agitur de legatis dolo aut perſuaſione aduerſarii, non autem proprio heredis errore ſolutis. Igitur non condictio indebiti, quæ ex proprio ſoluentis errore naſcitur, ſed actio de dolo datur: in cæteris textibus ſoluta fuerint legata, ſed non perſuaſione & dolo legatarii, ſed errore ipſius legatarii proprio. Ita Iacob. Cuiacius & Antonius Faber.

Donellus autem hoc modo reſpondendum exiſtimat, *in d. l. ſi legatarius.* actionem de dolo non competere de illis legatis, quæ ipſi deceptori, ſed quæ aliis eius collegatariis ſint vltra modum legis falcidiæ ſoluta, quæ tamen ab iſtis legatariis, eo quod ſoluendo eſſe deſierint, recuperari nequeant condictione indebiti: ita vt hæc *l. ſi legatarius* exemplum contineat *l. 6. ff. eod. tit.*

Ad ſecundum reſpondet Hugo Donellus: in *d. l. ſi fideiuſſor. 19. ff. de dolo malo.* exemplum de actione doli, propoſitum à Papiniano, ex Neratio & Iuliano referri, non etiam probari; cum aliis in legibus id diſerte improbetur.

Sed Hubertus Giphanius hanc reſponſionem, vt periculoſam, reiiciens, ita potius reſpondendum arbitratur, dictam *l. 19. ff. de dolo.* agere de rei interitu, ſiue occiſione ſerui ante moram, quæ ſerui occiſio, quamuis vulgo inter ſpecies moræ numeretur, in iure tamen diſtingui ſolere accurate à mora *l. 91. in fine. Digeſt. de verb. obligat.* De occiſione igitur ſerui, de qua agitur *in d. l. 19.* ita ius eſſe conſtitutum, vt ſi fideiuſſor ſerui promiſſi, ſeruum occiderit ante moram debitoris, ſiue promiſſoris, hoc caſu quia debitor liberetur *d. l. 23. Digeſt. de verb. obligat.* ideo per conſequentiam quoque liberari fideiuſſorem *d. l. 19. in fine.* Sed quia fideiuſſori qui ſeruum occidit, delictum ſuum prodeſſe iniquum eſt, dari contra eum actionem de dolo, aut certe veterem actionem ex ſtipulatu contra eum inſtitui, quæ actio reſtitutoria, vt & omnes aliæ actiones reſtitutoriæ, eſt vtilis *l. 38. §. 4. Digeſt. ſi quis pro eo. Digeſt. de ſolut. l. 88. in fine. Digeſt. de V. O.* non obſtante eo, quod actio de dolo cum nulla alia actione concurrere poſſit: ſiquidem hoc principium ita accipiendum ſit, vt non detur actio doli, ſi alia actio directa, prætoria vel ciuilis competit. At cum vtilis eſt, ait Giphanius, actionem eſſe non videri: ea ſiquidem hoc caſu reſtituatur actio, quæ ipſo iure nulla fuit.

Sed hæc reſponſio admittenda non videtur, quoniam *in l. 1. & ſequent. Digeſt. de dolo malo.* edictum prætoris ita Iuriſconſulti interpretantur, quod etiamſi in integrum reſtitutione, vel quocunque remedio ſuum recuperare & tueri poſſit, qui dolum eſt paſſus, actio doli denegetur. Et *in l. penult. Digeſt. de in integrum reſtitut.* expreſſe Marcellus ad actionem doli famoſam tunc demum deſcendendum ait, cum alio remedio locus eſſe non poteſt: actio doli non conceditur. Et ideo tunc quoque denegabitur, quando vtilis reſtitoria actio competit. Vt taceam quod vtilis & directa actio poteſtate & effectu nihil differant *leg. 47. Digeſt. de negot. geſt.*

Mihi, vt ingenue dicam, quod ſentio, in legibus hiſce ad ſpeciem contrariis in concordiam reducendis non videtur magna eſſe difficultas. Nam *in d. l. 19. Digeſt. dolo malo.* idcirco fideiuſſor doli actione conuenitur, quia proponitur ante moram ſeruum occidiſſe. Cum enim mora à fideiuſſore non facta, ſeruus ſublatus eſſet, idcirco, ſtricta iuris ratione inſpecta, amplius non tenebatur, maxime cum ſeruo debito abſque principalis dolo mora & culpa interempta, liberatus eſſet principalis, quo liberato, cõſequens erat,

vt ipſe quoque fideiuſſor, tanquam eius acceſſio, amplius non teneretur, quocirca ratio iuris non permittebat, actione ex ſtipulatu eum conueniri, quia tamen æquum non erat, facto ſuo fideiuſſorem liberari eique dolum prodeſſe, idcirco conueniebatur actione doli ſubſidiaria, quæ ſola reſtabat. Verum *in d.l. 32. in fine ff. de vſur. l. Mora 88. ff. de verb. obligat. d.l. 49. ff. eod.* mora à fideiuſſore erat contracta, idcirco ſeruo poſtea occiſo adhuc ex ſtipulatu fideiuſſor conueniri poteſt; quoniam mora perpetuat obligationem eamque interire non ſinit. *l. 23. Digeſt. de verb. obligat.*

Ad tertium reſpondeo condictionem certi non ſemper nec ex quacunque cauſa competere, ſed ex contractu ſolum deſcendere, eoque contractu ex quo certum petitur: deinde multa quoque interuenire poſſe, quo minus certi condictio ex contractu competat: proinde ex ea damnum cauſa doli actionem competere, ex qua condictio certi non competit.

Ad quartum reſpondet Donellus *in d. l. 1. Codic. de dolo.* verba iſta *de dolo* non debere coniungi cum verbo *actio*, vt idem ſignificent, quod doli actio, ſed ſeparari potius debere & ſeparatim accipi, ita vt nihil aliud ſignificent, quam actionem quæ eſt de dolo, atque per actionem de dolo intelligatur actio mandati, quæ cum bonæ fidei ſit, de dolo competat. Idem & Cuiacius reſpondet.

Sed hanc ſolutionem reiicit Antonius Faber ſequentibus de cauſis. 1. Quia rubrica & inſcriptio, ſub qua poſita eſt *d. leg prim.* ſatis oſtendit, quod ea non de mandati actione, ſed de actione de dolo ſit intelligenda. Deinde quia nuſpiam actio mandati, de dolo competens, dicitur actio de dolo. Quia denique ſi verba iſta *de dolo* idem valerent quod *dolo nomine*, perinde eſſet ac ſi diceretur, ne fidei ruptæ gratia poſſit doli nomine exerceri, atque ita manifeſtiſſima committeretur tautologia, cum idem ſit fides rupta, quod dolus.

Melius proinde ipſe Antonius Faber reſpondet, actionem doli quidem non concurrere cum alia actione non famoſa, quoniam idcirco prætor noluit, quando alia ſupereſt actio doli actionem competere, quia temere non fuerit actio famoſa decernenda *l. 1. §. ait prator. ff. de dolo l. pen. ff. de reſtitut. in integr.*

Quam rationem ceſſare atque deficere, quando alia actio æque famoſa competit, manifeſtiſſimum eſt. Porro actio mandati directa famoſa eſt, vt qua de fide rupta agatur, veluti patet ex *l. 1. Digeſt. de his qui not. infam. §. 2. Inſt. de pœna temere litigant.*

Nec obſtat huic reſponſioni *l. 5. Digeſt. de dolo malo,* in qua negatur actio doli concurrere cum actione tutelæ, quam tamen æque eſſe famoſam, atque doli vel mandati actionem, conſtat ex *d. l. 1. & §. 2. I. de pœn. tem. litig.*

Recte enim ad hoc Antonius Faber; actionem doli, ait, concurrere quidem cum actione famoſa, ſed contra illum ipſum, aduerſus quem famoſa iſta actio competat, vt *in d. l. 1. Codic. de dolo.* Iam vero *in d. l. 5. Digeſt. de dolo.* actionem tutelæ non poſſe contra Titium, deceptorem inſtitui, ſed contra tutorem: proinde per eam tutelæ actionem impediri actionem de dolo, ne contra Titium exerceri poſſit.

Præſupponendum autem, quod in caſu cum Tutor ſoluendo non eſt, qui in *verſicul. plane.* proponitur minor, in integrum reſtitui non potuerit, ne alioquin doli actio cum in integrum reſtitutione concurrat: ſunt enim caſus quidam, quibus minor reſtitui non poteſt *leg. fin. ſi aduerſ. libert.* Notandum item, quod eodem in caſu præſupponi debeat, tutorem

eſſe

eſſe teſtamentarium, vel datum ex inquiſitione, non legitimum, quia alias in magiſtratum ſubſidiaria actio competeret §. *fin. l. de ſatiſd. tut.*

Non aduerſatur præterea huic reſponſioni Antonij Fabri, quod actio furti non minus ſit famoſa, quam actio de dolo *l. 1. Digeſt. de his qui not. infam.* Et tamen non poſſit cum actione doli concurrere, quãuis odio furis receptum ſit, vt pluribus actionibus, etiam contrarijs, teneatur *l. vlt. ff. vſufructuarius quemadm. caueat. §. ſic itaque diſcretis l. de act.*

Reſp. Nam reſpondendum eſt furti actionem non dari ad rem perſequendam ſed ad pœnam exigendam §. *Ex maleficijs. I. de obligat. quæ ex delict. naſc.* Nam ſi quis contra furem velit rem ipſam perſequi, habet vindicationem & condictionem furtiuam, actionem item ad exhibendum, quarum omnium nulla eſt, quæ ſit famoſa, quamuis ex cauſa famoſa deſcendant *l. ceſſat. ff. de obligat. & act.* Atqui actio de dolo rem ipſam duntaxat perſequitur, non etiam pœnam pecuniariam. Ergò non debuit dari aduerſus furem, ſic enim fieret vt nõ concurreret cum actione furti famoſa; ſed cum cæteris non famoſis, contra verba edicti.

Ad quintum reſpondet Sichardus negando conſequentiam, quia alias actio furti & condictio furtiua poſſent concurrere cum actione doli, quia quemadmodum vis eſt ſpecies quædam doli, ſic etiam furtum eſt ſpecies doli: atqui poſterius eſſe falſum patet ex *leg. & eleganter. §. idem Labeo l. Arbitrio. §. de eo, qui. Digeſt. de dolo.* proinde falſum quoque erit prius. Reſpondet igitur Sichardus, actionem de dolo tum demum cum ſpeciali concurrere, quando ſpecialis inducta eſt eadem æquitate & eſt prætoria & reſtitutoria: ſed interdictũ vnde vi non eſt prætorium, ideoq, non poſſe concurrere cum actione doli.

Reſp. ſed hæc reſponſio tollerari nullo modo poteſt, propterea quia actiones reſtitutorias ſeu prætorias cum actione doli non concurrere, eſt manifeſtiſſimi iuris *l. pen. ff. de reſtit. in integr. l. 1. & ſequent. ff. de dolo malo.*

Proinde ſic reſpondendum cenſeo, nõ ſtatim vbi dolus commiſſus eſt, ibi actionem doli competere, ſed tum demum, quando alia actio non ſuppetit. *d. l. 1. ff. de dolo, & d. l. 1. Cod. eod. tit.*

Ad vltimum idem plane reſpondet Donellus, quod ad *l. fideiuſſor. ff. de dolo*: nempe in *d. l. 20. ff. de dolo malo.* Paulum Iuliani ſententiam referre duntaxat, non vero probare: At in ſequent. *l. 25.* apertè reprobare.

Antonius Faber reſpondet: in caſu *l. Seruus 20.* licet dolus tuus dederit cauſam abſolutioni, rem tamen iudicatam nõ à dolo tuo vim accipere & authoritatem, ſed à poteſtate iudicis qui vtique perinde fuerit te abſoluturum aut iure, aut iniuria, etiamſi dolum nullum admiſiſſes, ideoque nihil cauſæ eſſe, cur exceptio rei iudicatæ, per doli replicationem elidatur *l. 23. §. ſi quis poſt tranſactionem ff. de condict. indeb. l. 65. §. cum Prætor. ff. ad SC. Trebell.* At in ſpecie *d. l. 25.* abſolutum, ait, proponi reum, conſentiente actore, vt proinde non niſi ex conſenſu & voluntate actoris ea abſolutio pendere videretur. Cum enim litigatores conſentiunt quid iudicandum ſit, nihil faciendum habet iudex aliud, quam vt eorum ſequatur volũtatem *l. 26. ff. de re iudic.* Atqui conſenſus ille fuit extortus per dolum. Ergo æquum eſt exceptionem rei iudicatæ, quæ non tã iudicis voluntate, quam ex conſenſu illo naſcitur, per doli replicationem elidi: idque ſignificare videntur verba illa Pauli; *conſecutus es, vt conſentiente me abſolueris.*

Qu. 46. *An actio doli & actio præſcriptis verbis cõcurrant?*

Sed an cum actione præſcriptis verbis ex contractu facio, vt des deſcẽdente, cõcurrat actio doli valde eſt controuerſum?

Digitized by Google

Equidem Franciſc. Duarenus ad *l. 7. §. 2. ff. de pact.* ſtatuit actionem doli cum actione præſcriptis verbis, ex contractu innominato facio vt des, deſcendente concurrere.

Quod enim actio præſcriptis verbis ex hoc contractu naſcatur hiſce ex locis videtur luculentiſſime probari.

1. In *l. ſi tibi polienda 22. Digeſt de præſcript. verb.* dedi tibi veſtimenta ſarcienda aut polienda, vt cum ſarſiſſes aut poliuiſſes, ego tibi tantum darem, quantum inter nos poſtea ſtatutum eſſet. feciſti quod cõuenerat, neque do quidquam, aut do quidem, ſed non æquum, placet in eam rem eſſe præſcriptis verbis actionem.

Hic quamuis tu non ſolum feceris prius vt darem; ſed etiam in ipſa conuentione, quę de toto negotio futuro anteceſſit, id actum eſt, vt prior faceres, deinde ego darem; adeoq; contractus facio vt des, re-uera fuerit initus: tamen actio præſcriptis verbis naſcitur *d. l. 22.*

2. Accedit quod quoties negotium inter aliquos geſtum eſt, ſiue contractum, id quod ſynallagma dicitur, toties oritur inter conſentientes iure ciuili actio *l. 15. ff. de præſcript. verb. l. 7. pr. & §. ſeq. Digeſt. de pact.* Atqui tale negotium geritur etiam cum facio vt des: proinde ex hoc genere, tanquam negotio ciuili geſto, erit pręſcriptis verbis actio.

3. Adde quod cum ex contractu do vt des, ideo detur actio præſcriptis verbis, quia ſit ſpecies ſimilis emptioni vẽditioni *l. 5. §. naturalis. ff. de præſcript. verb.* Ideo etiam ex articulo facio vt des, præſcriptis verbis actio naſcatur, quia actio hæc ſimilis eſt locationi conductioni.

4. Et cum ideo ex articulo do, vt facias, dicatur actio præſcriptis verbis dari, quia ſimilis ſit locationi conductioni *d. §. vltim.* ideo quia & contractus facio vt des, ſimilis eſt locationi conductioni, pariet æque actionem præſcriptis verbis.

5. Idem probat *l. ſolent. 15. Digeſt. de præſcript.* Nam ibi indicaui tibi furem, vt mihi decem dares, atque ita feci tibi aliquid, vt dares, & dicitur actionem præſcriptis verbis mihi competere.

Ex his proinde relucet, quod actio pręſcriptis verbis ex articulo facio vt des, cõpetat, atqui ex eodem articulo competere actionem doli conſtare videtur primo ex *l. 4. C. de dolo malo.* Nam ibi manumiſi ancillam, vt mihi Pamphilum dares, atq; ita feci quippiam, vt dares, & dicitur actionẽ competere doli, ſi fidem non ſeruaueris.

Idem probare videtur *l. 15. ff. de præſcrip. verb.* vbi ex negotio iſto *feci, vt dares*, cum ICtus dixiſſet competere actionem præſcriptis verbis, ſubiicit hæc verba: *Niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* Quib. verbis perſpicue ſignificari videtur, ex propoſita ſpecie, præter actionẽ præſcriptis verbis, etiam doli actionem competere, euincit idem quoque *l. 5. §. 3. ff. de præſcript. verb.* vbi itidem clare aſſeritur ex cõtractu facio vt des, actionem doli competere.

Ex harum itaque legum collatione videtur concludendum, quod actio doli cum actione præſcriptis verbis, ex articulo facio vt des, deſcendente, concurrat. Sed hęc ſententia non immerito diſplicet cõmuni Interpp. ſcholæ ac refellitur maniſeſtiſſime per *dict. l. 1. ff. de dolo.* qua aſſeritur, actionem doli hac cõditione propoſitam eſſe edicto prætoris, ſi alia actio non erit: proinde ſi alia actio, vel quod vis aliud remedium ſupererit, quo dolum paſſo conſuli queat, ceſſabit actio doli.

Et quanquam Duarenus reſpondeat, id quod dicitur actionem doli non dari, vbi alia actio ſupereſt, de actione certa & ordinaria intelligendum eſſe: actionem vero præſcriptis verbis eſſe actionem incertam & extraordinariam: verius tamen eſt & communi prope omnium Doctorum calculo receptum, in edicto prætoris actionis verbum generaliter ſumi, vt non modo cõtineat eã, quæ verè eſt actio, ſed et-

ſed etiam omnem defenſionem, quæ vim habeat iuris noſtri obtinendi, etiam per exceptionem, interprete Vlpiano in *d. l. 1. §. ait prætor. Digeſt. de dolo.* Multo magis verbo actionis omnis petitio ſignificatur, qualis quoq; eſt actio præſcriptis verbis. Et quod ceſſet actio doli ſi præſcriptis verbis actio competit haut obſcure probat *l. 9. §. 3. ff. de dolo malo.*

Nec reſiſtunt leges adductæ, ex quibus diſſentientes euincere conãtur, quod actio doli & actio præſcriptis verbis concurrat. Etenim ex articulo facio vt des æque, atque ex cæteris contractibus innominatis dari actionem præſcriptis verbis veriſſimum eſt, & probant textus, pro hac ſententia modo adducti: ſed quod ex eodem articulo & doli actio competat, quæ cum actione præſcriptis verbis concurrat, nego & pernego.

Non obſtante *d. l. 4. C. de dolo malo.* Nam in ſpecie ibi propoſita, ex qua naſcitur actio doli, non datur ſimul actio præſcriptis verbis: etenim actio præſcriptis verbis non datur ad reuocandum id, quod datum eſt, ſed ad intereſſe duntaxat, *l. 5. §. 1. ff. de præſcript. verb. act.* vel ad id, quod promiſſum eſt præſtandum: At in *d. l. 4. Cod. de dolo malo*, non agitur de Pamphilo dando, ſed de ancilla manumiſſa reuocanda: proinde de caſu, deficiente actione præſcriptis verbis, rectè dicitur doli actionẽ cõpetere: atq; hoc etiam ſignificant verba *d. l. 4. reuocandæ libertatis poteſtatem non habes*: Proinde in caſu quo datur in *d. l. 4.* actio doli, non competit vlla alia actio.

Ad *l. 15. ff. de præſcrip. verbis.* rectè reſpondet Donellus in *verſ. fin. niſi ſi quis.* Iuriſcõſultum non corrigere priorem ſententiã ſuam, ſed eam potius confirmare: tum quod eam ſentẽtiam non ſimpliciter, nec dubitanter poſuerit, ſed addita ratione, ex qua intelligeretur illum nõ dubitare, quia ex hac ſpecie actio præſcriptis verbis cõpeteret: tum etiam quod rationem iſtam non refellat ICtus, ſed ea quoque ad refellendum Iulianum, qui in diuerſa fuerat ſententia vtatur in *l. 7. de pact.* Quocirca verba iſta *niſi ſi quis &c.* ait Donellus, non eſſe corrigentis, ſed confirmantis, quaſi aut nemo id dicturus ſit, quod ſubiicit, aut ſi quis dicat, id contemnet, nec putet egere refutatione.

Inſuper ad *l. 5. §. 3. ff. de præſcript. verbis.* reſpondeo; illum textum adeò nõ infringere ſententiam noſtram, vt eam quoque manifeſte confirmet: etſi enim actionem de dolo ex articulo facio vt des cõpetere, videatur affirmare ICtus; ſimul tamen actioné præſcriptis verbis ex eodem articulo competere inficiatur; adeoque tantũ abeſt, vt concurſum harum actionum ꝓbet, vt eundẽ quoq; diſerte negare videatur. Verba textus hæc ſunt: *Quod ſi faciam vt des, & poſtquam feci ceſſas dare, nulla erit ciuilis actio, & ideò de dolo dabitur.*

Poſtremò non obſtat *l. 7. ff. de reſtitut. in integrum.* vbi actio de dolo competere Pomponius ait, quando in integrum cõpetit reſtitutio: rectè enim Duarenus perpendẽdum eſſe, quod ſequatur in eadem lege: ſiquidem licet permittatur vel in integrum reſtituere, vel actionem de dolo dare: admonet tamen ibidem ICtus ſatius eſſe reſtituere in integrum, quam famoſam actionem concedere.

Excipit à ſuperiori regula Autor noſter actionem, quod metus cauſa, quam cum actione doli concurrere ait. *Lit. F.*

Qu. 47. An actio quod metus cauſa cũ actione doli cõcurrat?

Quæ exceptio fundatur in *l. 14. §. 13. ff. quod met. cauſa*: ibi enim ICtus Vlpianus ita ſcribit: *Enim qui metum fecit & de dolo teneri certũ eſt, & ita Pomponius, & conſumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum oppoſita.*

De ratione exceptionis inter iuris interpretes non conuenit: etenim Iulius Pacius *cent. 2. q. 74.* ait, quod actio, quod metus cauſa cum actione doli concurrit, hoc ſpeciale eſſe, quia ſicut actio de dolo tum datur, cum actiones aliæ non competunt *d. l. 1. ff. de dolo malo.* Ita quoq; actio,

quod

Digitized by Google

quod metus cauſa *l.14.§.2.Digeſt.quod met. cauſ.* Quocirca cum actio de dolo & actio quod metus cauſa pari paſſu ambulent, & ſint æquè ſubſidiariæ : dubitari meritò poterit, dolo malo & metu adhibito, vtrum de dolo agendum ſit, an quod metus cauſa? Cuius dubitationis tollendæ cauſa meritò placuit, vtramque actionem concedi : præſertim cum certi iuris ſit, actionem de dolo non ſolum dari, ſi alia actio non competat, ſed etiam ſi dubitetur, an competat nec ne *l. & eleganter.7 §. non ſolum ff.de dolo malo.*

Antonius Faber in rationalibus ait, ideo actionem doli cum actione, quod metus cauſa concurrere, quia actio quod metus cauſa æque ſit famoſa, atque actio doli : cum neque vis, neque metus inferatur ſine dolo, quanquam aduerſus tertium poſſeſſorem famoſa non ſit & ob id in edicto prætoris, de his, qui notantur infamia, non referatur.

Aliter paulò Iacobus Cuiacius, qui dicit veriſimile eſſe actionem de dolo malo, priorem fuiſſe actione, quod metus cauſa : illam itaque doli actionem datam fuiſſe aduerſus eum, qui metum feciſſet, nondum propoſita actione quod metus cauſa : cum metus ſit genus doli : nec eius coercendi cauſa, neceſſariam fuiſſe actionem metus, atque in eos ſaltem neceſſario propoſitam fuiſſe, qui dolo caruerint, ideoque in rem, non in perſonam ſcriptam eſſe. Sed tamen poſtea receptum fuiſſe, vt & in eum, qui metum feciſſet, & in rem & in perſonã poſſet ſcribi, ob eam rem, minime in eum priore loco delatę actionis doli electione adempta.

Franciſcus Duarenus reſpondet : cum quis allegat metum ſine dolo, dari actionem, quod metus cauſa, non etiam de dolo, quamuis dolus reuera admiſſus fuerit: ſed ſi dolus ſolus allegetur, de dolo ſolo dari. Proinde ſi aliquid extortum metu ab aliquo fuerit cõpetere ei actionẽ quod metus cauſa, vel de dolo. Sed ſi alleget metum, nulla facta doli mentione, dari actionem, ꝙ metus cauſa: ſi vero velit de dolo experiri, poſſe hoc allegare & contendere rem dolo extortã fuiſſe, tuncq; dari actionem de dolo. Non autẽ actionem ꝙ metus cauſa, quoniã non poſſet dici ei competere actionẽ de metu, cum eum non allegat. Vnde alterutra electa, alterã tolli nõ tantũ ipſo iure, ſed exceptione in factum oppoſita : ex quo appareat, vtramq; actionem quod metus & doli non concurrere.

Eodem inclinare videtur Donell. qui ita ſcribit : eum qui metum intulit ſummo iure teneri de dolo, ex quo eueniat, vt ſi hac actione conuentus nihil adiiciat de mutanda actione, ſed tantum neget ſe dolo quid feciſſe, procedat actio aduerſus eum, & probato metu videatur, & de dolo rectè probaſſe, quia in metu illato & dolus inſit : ſed ſi is, cum quo ex metus cauſa agitur, actione de dolo, prius deprecetur hanc actionem & poſtulet potius actionem, quod metus cauſa in ſe dari, audiendum eſſe & iuxta *d.l.1.* alia actione rem reſtituendam potius, quam actionem famoſam conſtituendam.

Litera G.
Quæ.48
Vnde dolus probetur?

Dolum ait author noſter probari non niſi indiciis perſpicuis: ſic enim Impp. Dioclet. & Maximin. reſcripſerunt: *Dolum ex indiciis perſpicuis probari conuenit l. 6. de dolo malo.* Cuius ratio hæc eſt, quod dolus eſt quid latens & in animo atque ſecreto voluntatis conſiſtens, qui ſane animus non poteſt aliter, quam indiciis probari. Menoch. *libr.5.præſumpt. 3.* ſic enim & cætera omnia quæ in animo conſtituunt, probari ſolent *l.5.§.à barbaris.ff.de re militari.* Anton. Fab. in *l.7.§ 9.ff.de pact.*

Equidem Cuiacius *11. obſeru.11.* Giphanius *ad l. 4. Cod. de dolo. in dict.l.6.* pro *indiciis* legunt *inſidiis*, quaſi Imp. reſcripſiſſet: dolum perſpicuis inſidiis probari oportere : eamq́, lectionem his rationibus ſtabiliunt. 1. Quia hæc ſit lectio conſtans omnium veterum Codcium. 2. Quia ita habeãt Baſilica ἀπὸ ἐπιβουλῶν περιφανεστάτων,

3. Quia

Digitized by Google

3. Quia *d.l. 6.* ſit pars *l 8 C. de reſcind. vendit.* vt indicat inſcriptio & ſubſcriptio: in iſta autem *l.8.* dicitur dolus ex calliditate & inſidiis emptoris argui debet. Et hoc eſt, quod ait *l.7. in fine. ff. de dolo malo.* Non niſi ex magna & euidẽti calliditate dari actionem de dolo.

Sed vtramq; lectionem probari & retineri poſſe ſtatuit autor noſter, ſic vt hæc poſterior referatur ad conſultationem & facti quæſtionem Impp. propoſitam, quæ concepta fuerit de inſidiis conſulenti factis, exindeq; dolum argui Impp. reſponderint, ſi fuerint perſpicuæ, quibus alia indicia, quam inſidiæ, vnde dolus & fraus æque colligi queat, non excludantur: at prior referatur ad iuris notionem & regulam, quæ ſit quod ex indiciis & coniecturis quibuſvis euidentib. & perſpicuis dolus arguatur ac probetur.

Litera H. Qu. 49. *An dolus præſumatur?*

Etſi autem dolus non præſumatur, ſed probetur *l. dolum C. de dolo.* vbi dicitur dolum perſpicuis indiciis probari oportere, & in *l. 8. C. de reſcind. vendit.* dolum ex calliditate & inſidiis emptoris colligi oportere. Itemque in *leg. 18. §. qui dolo. & l. 19. ſeq. Digeſt. de procuratoribus.* dolum alterius allegandi probationem incumbere dicitur.

Et ratio huius eſt, quod dolus delictum ſit: at delicta non præſumi, ſed probari debeant. Item quod quilibet à natura bonus præſumatur, ideo ceſſet doli præſumptio: cum bonus non ſit, qui alterum dolo circumuenit.

Cæterum hæc regula, quod dolus non præſumatur, ſed probetur, procedit duntaxat in rebus licitis iureq; permiſſis: non etiam in illicitis iureque diuino, & humano prohibitis: in re ſiquidem illicita faciens in dolo eſſe præſumitur.

Sic enim, qui occidit, dolo id feciſſe præſumitur; adeo vt etiam opus habeat probare dolum abs ſe fuiſſe, textus in *l. 1. Cod. ad L. Corneliam de ſicariis.* vbi Antoninus Imperator Herculiano & aliis militibus in hæc verba reſcribit: *Frater veſter rectius fecerit ſi ſe præſidi prouinciæ obtulerit: qui ſi probauerit ſe non occidendi animo hominem à ſe percuſſum eſſe remiſſa homicidii pœna, ſecundum diſciplinam militarem ſententiam proferet.* Similiter ſi quis iniurioſis verbis alium petierit, præſumitur dolo & iniuriandi animo id feciſſe, adeoq; ad ſui defenſionem probare debet abs ſe animum iniuriandi dolumque malum abfuiſſe *leg. ſi non conuicii. Codic. de iniur.* qua probatione opus non eſſet, niſi dolus præſumeretur.

Hæc autem ideo ſic conſtituta ſunt, quæ hominem occidere & iniurioſis verbis petere iure diuino & humano illicitũ ac prohibitum eſt.

Cæterum hoc rurſus ſic limitatur & reſtringitur, vt non procedat in actib. lege poſitiua ſaltem prohibitis, ſi actus ille neminem lædit & lædere poteſt, aut ſi lædit & leuis eſt læſio, Menoch. *libr. 5. præſumpt. 3. nu. 115.*

Hinc Innocent. *in cap. dudum. de elect. ſi,* ait, probatur *clericum iuiſſe venatum, interpretandum ac præſumendum erit, non dolo, & vt legis contemptorem iuiſſe, ſed recreationis cauſa.*

Illud quoq; obſeruandum, quod ſicut dolus præſumptus coniecturis inducitur; ita contrariis coniecturis tollatur Menochius. *d. præſumpt. 3. nu. 122.*

Quæ. 50 *An recte dolus diuidatur in verum & præſumptum?*

Poſtremò etſi non deſint, qui contendant dolum præſumptum à vero dolo nihil quicquam differre, ſed omnem dolum eſſe præſumptum, eo quod dolus coniecturis ſaltem & indiciis probetur *d. l. dolũ. C. de dolo.* quibus iiſdem coniecturis præſumptio quoq; nitatur: verius tamẽ contrarium videtur, propterea quod regulariter dolus probari debeat, vt ſupra oſtenſum fuit: at quod probari neceſſum eſt, id non præſumitur, cum probatio omnis ab onere probandi releuet, illudq; in aduerſarium reiiciat, neceſſario proinde alius eſt dolus præſumptus & alius dolus

Digitized by Google

verus : hic regularis ; ille vero irregularis.

Verus dolus manifeſtis indiciis probatur *d. l. dolum. C. de dolo l. 8. C. de reſcind. vend.* præſumptus vero indiciis non vſq; adeo manifeſtis & perſpicuis detegitur.

Dolus verus in futurum remitti non poteſt *l. 27. § illud. ff. de pact. leg. conuenire. ff. de pactis dotalib.* Dolus autem pręſumptus, in futurum committendus, remitti poteſt. Decius *ad l. contractus. 23. de reg. iur.*

Aduerſus dolum verum non poteſt in integrum reſtitui minor *l. ſi ex cauſa § nunc videndum. ff. de minorib.* aduerſus dolū præſumptum de præterito, ſine controuerſia reſtitui poteſt. Menoch. *d. præſumpt. 3.*

Poſtremò lata culpa eſt dolus præſumptus *l. quod Nerua. ff. depoſiti.* at lata culpa à dolo vero differre dubium planè nullum eſt : proinde dolus alius eſt verus ; alius præſumptus.

RESOLVTIO THESIS SEPTIMÆ.

Litera A. DAtur actio de dolo omnibus dolo deceptis ac circumventis ad hoc, vt ſeruentur indemnes ; ſic vt ſi per dolum obligati fuerunt, obligatione ſoluantur ac liberentur *l. 7. pr. & l. 5. Codic. de inutil ſtipulat.* Atque omne quicquid ex eiuſmodi obligatione ſecutum eſt, reſcindatur ac reſtituatur *l. 5. Cod. de reſcind. vendit.* quodq́ue ius remiſſum atque perditum eſt, reſtituatur : quod denique damni dolo ma-
Litera B. lo illatum eſt, hoc omne reſarciatur *l. 9. §. 1. l. 18. §. 1. ff. de dolo.*

Quæ. 51. *An detur actio doli filiæ dolo inductæ ad renunciandum iuratò ſucceſſioni paternæ?*

Et datur hęc actio etiam filiæ, dolo malo ad ſucceſſioni paternæ iuratò renunciandum inductæ : quin & enormiter læſæ, vt ex qua enormi læſione dolus præſumatur *l. 36. ff. de verb. obligat.*

Etſi vero multi contrarium teneant, exiſtimantes huiuſmodi renunciationem iuratam neq; ob dolum verum, neque ob dolum præſumptum reſcindi poſſe : prior tamen ſententia in Camera Imperiali recepta ac præiudiciis confirmata eſt, teſtibus obſeruatoribus Cameralibus Gaillio & Mynſingero in locis ab authore citatis. Et mihi quoq; de iure verior & melior eſſe videtur.

Fundamenta autem huius opinionis iſta adducuntur. 1. Iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis *capit. quanto. de iureiur. cap. inter cætera. 2. quæſt. 4.* Et tribus comitibus ſociatum eſſe debet iuramentum, veritate, iudicio & iuſtitia *cap. etſi Chriſtus. de iureiur.*

Atqui iurata huiuſmodi renunciatio, quæ dolo fuerit extorta, aut in qua renuncians filia enormiter ſit læſa, eſt vinculum iniquitatis, ac manifeſtam continet iniquitatem : iuſtitiæ quoque contraria eſt. Proinde tale iuramentum ne iure quidē canonico ſeruandum eſt.

2. Quin etiam *capit. quamuis. de pact. in ſext.* quo alias diſſentientes potiſſimum nituntur, expreſſe confirmat hanc noſtram ſententiam : nam ibi iſtud demum iuramentum ſeruandum dicitur, quod non vi, nec dolo malo fuerit extortum in verbis : *Si tamen non vi nec dolo præſtito firmatum fuerit* : proinde improbat illud iuramentum, quod vi aut dolo fuerit extortum.

3. Idemq́; confirmatur *c. cum contingat. extr. de iureiur.* vbi dicitur iuramētum nec vi, nec dolo extortum eſſe ſeruandum.

4. Et in *Authentica ſacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendit.* dicitur ſacramenta puberum, ſponte facta, inviolabiliter eſſe cuſtodienda. Quibus verbis ſatis Imperator Fridericus innuit, quod iuramenta non ſponte facta, ſed dolo, aut vi extorta, cuſtodiri non debeant.

Nec refragantur quicquam textus in *d. cap. quamuis de pact. in ſext. capit. Cum contingat. extr. de iureiur. Authent. Sacramenta puberum. C. ſi aduerſus vendit.* quibus renunciatio iurata ſeruari iubetur.

Recte enim autor noſt. reſpondet illos

de ca

Digitized by Google

de ea renunciatione eſſe intelligendos, quæ ſponte fuerit facta, nec vi, nec dolo extorta vt ex inductione eorum, ſuperius facta, euidenter liquet.

Lit. C. & D. Datur hæc actio etiam aduerſus pupillos & minores 25. annis. Et quidem aduerſus hos ex proprio dolo, ſi modo eius ſint ætatis vt dolum committere poſſint, hoc eſt ſi pubertati ſint proximi *l. 14. ff. de dolo.* Nam antequam proximi pubertati ſint, non intelligunt quid agant, adeoque animum decipiendi, qui tamen ad omnem dolum exigitur §. *in fraudem l. quibus ex cauſ. manum.* non habent §. *in ſumma. Inſt. de obligat, quæ ex delicto naſc.*

Et ſanè ſi locupletior ex dolo ſuo factus ſit pupillus, dubium non eſt ipſum teneri, eidemque impium extorqueri lucrũ, ne quod ſcelere quæſitum eſt ad cõpendium illius cedat *leg. 16. in fine Digeſt. quod metus cauſa.* Cum nemini ſuum maleficium lucroſum eſſe debeat *l. 12. ff. de dolo.*

Qu. 52. *An pupillus ex dolo ſuo nõ factus locupletior, poßit doli actione cõueniri?*

Cæterum ſi nullum ex dolo ſuo ſenſerit commodum, ſed rem potius ſuam deteriorem reddiderit, anne & tunc ex dolo ſuo cõueniri poſſit, dubitari fortaſſis poſſet: cum placeat pupillos non obligari, niſi quatenus locupletiores ſunt facti *l. 5. ff. de auctoritat. tut.*

Sed tamen & hoc caſu illos efficaciter obligari placet: quia dolus eſt delictum: At in delictis non ſolet minoribus ſubueniri *l. 9. §. 2. & ſeq. ff. de minorib. & mox infra pluribus dicetur.* 2. Quia errantibus minoribus, non etiam fallentibus publica iura ſubuenire dicuntur *l. 2. Cod ſi minor ſe maior. dixerit.* 3. Quia infirmitatem animi malos mores non excuſare, aiũt, Imp. in *l. 8. C. ſi aduerſ. delict.* 4. Quia in delictis ætate neminem excuſare apertè ſcribitur in *l fin. C. eod. tit.* 5. Quia malitia ſupplet ętatem *l. fin. C. ſi minor ſe maior dixerit.* At maiori, etiamſi læſus fuerit, conditionem ſuam reddiderit deteriorem, non ſuccurritur tamen regulariter. 6. Denique quia hoc ipſum non obſcure ſignificatur in *l. 13. ff. de dolo*, vbi dicitur, ex ſuo dolo conueueniendum eſſe proximum pubertati; maximè ſi locupletior ex hoc factus ſit: At particula *Maxime* eſt implicatiua & incluſiua, & amplius quippiam includit, quam quod oratio verbis exprimit.

Nec obeſt, quod dicitur, pupillos non obligari, niſi in quantum facti fuerint locupletiores *d. l. 5.* nam hoc de contrahentibus & non de delinquentibus pupillis accipiendum eſt: præterea ſic ex adductis textibus & rationibus intelligendum eſt: niſi dolum admiſerit pupillus. Et ſanè æquius eſt, vt pupillo dolus noceat proprius, quam vt obſit alij.

Ex alieno equidem dolo veluti ex dolo tutoris pupillum non teneri æquiſſimum eſt, quatenus ſcilicet ad eum nihil ex dolo iſto peruenerit; id quod Iuriſconſultus Vlpianus in *l. 15. Digeſt. de dolo malo*, claris atque perſpicuis verbis aſſerit: ***Sed & ex dolo**, inquiens, **tutoris, ſi factus eſt locupletior, puto in eum dandam actionem, ſicut exceptio datur.***

Qu. 53. *Anne pupillus ex dolo ſui tutoris nõ factus locupletior teneatur?*

Proinde ſi non ſit ex tutoris dolo factus locupletior, non tenetur: cur autem locupletior factus teneatur, facit ratio & æquitas naturalis, quæ non patitur lucrari aliquid ex damno alieno *leg. 28. de dolo.*

Nec permittit, vt quod turpiter ac ſcelere quæſitum eſt ad compendium alteri' pertineat *l. 16. ff. quod met. cauſa.*

Sed quod dixi pupillum, ex dolo tutoris locupletiorem non factum, non teneri, falſum videtur.

Nam primo ei repugnat grauiſſimè *l. 21 §. 1. Digeſt. de peculio.* vbi Vlpianus docet, pupillum, etiam locupletiorem non factum, teneri ex dolo tutoris, his verbis. *Si dolo tutoris vel curatoris furioſi vel procur. factum ſit, an pupillus vel dominus vel furioſus de peculio conueniatur videndum? Et puto*

Digitized by Google

ſi ſoluendo tutor ſit, præſtare pupillum ex dolo eius: maximè ſi quid ad eum peruenit: & ita Pomponius libr. 11. epiſtolarum ſcribit. Idem in curatore vel procuratore erit dicendum.

2. Idemque ex *leg. 1 Digeſt. quando ex facto tut.* perſpicuè colligitur; dum illic hoc modo ſcribit Pomponius: *Ob dolum malum, vel culpam tutoris Ariſto ait, pupillum poſſeſſorem condemnandum: ſed non puto, quanti actor in litem iurauerit: Et tamen illud ita eſt, ſi rem à tutore pupillus ſeruare poſſit.* Ecce hic indiſtincte ſcribitur pupillum ex dolo tutoris teneri, ſi rem à tutore ſeruare poſſit, ſiue locupletatus fuerit ex dolo, ſiue non.

3. In *leg. final. Digeſt. de adminiſtrat. tut.* pupillus tenetur petitione hereditatis etiam de eo, quod pupillus ex culpa tutoris poſſidere deſiit.

Sed tamen his textibus non obſtantibus, veriſſimum eſt, quod & ſupra propoſuimus, quod pupillus ex dolo tutoris non teneatur ſi non fuerit locupletior factus per textum apertum in *l. 15. ff. de dolo malo.*

Non obſtantibus textibus in contrarium hactenus adductis: rectè enim ad eos Iacobus Cuiacius reſpondet: omnes eos locos ſic accipiendos eſſe, vt pupillus teneatur quidem ex dolo tutoris, quamuis non factus locupletior, ſed ad hoc tantum, vt actiones ſuas illis cedat, quas contra tutorem habet.

Et hanc reſponſionem mire confirmat textus in *leg. 3. §. 1. Digeſt. de tribut. act.* in verbis: *Si ſoluendo tutor ſit, ex dolo eius pupillum teneri ſcripſit, & ſanè hactenus tenetur vt actionem, quam contra tutorem habet, præſtet.*

Nec refert, quod textus adducti generales ſint: ſiquidem in iure perpetuo lex generalis reſtrictionem recipit, ex textu diſtinguente ac ſpecialiter loquente *arg. L. in toto. ff. de reg. iur.*

Poſtremò tenetur pupillus hereditario nomine ſi ei heres extiterit, qui dolũ commiſerat; idque eo, quia iniquum foret propter perſonam pupilli deteriorem fieri conditionem eius, qui cum pupillo contraxit *l. 41. ff. de minor. l. 3. ff. ex quib. cauſis in poſſ. eatur.*

Tenetur autem hoc caſu iis conditionibus, quibus & alii heredes dolum committentis, ſi ſcilicet ex dolo defuncti aliquid ad eum peruenerit *leg. 26. & ſeq. ff. de dolo.*

Hæc præterea actio famoſa eſt, infamiam illis irrogans qui ea condemnati fuerint *l. 1. ff. de dolo l. 1. ff. de his, qui not. infamia.* Verum hoc ita demum, ſi quis hac actione damnatus erit *ſuo nomine.* Nam ſi ex alieno dolo, alieno nomine; hereditario nẽpe, tutorio, procuratorio damnatus fuerit, hac actione non fit infamis *l. 1. ff. de his, qui not. infamia.*

Hinc optimus modus vitandi infamiam eſt, ſi quis ex cauſis famoſis per procuratorem agat: nec enim hoc caſu procurator infamis redditur, quia non ſuo, ſed alieno dolo damnatur: non etiam notatur principalis; quoniam non in ipſum, ſed in procuratorem ſententia fertur: at damnati demum infamia notantur *leg. 1. ff. de his, qui not. infamia.* *Litera E.*

Cæterum quia famoſa eſt actio dari non ſolet ob modicam ſummam, quæ ſcilicet duos aureos non excedat *leg. 9. in fine & leg. 10 Digeſt. de dolo.* Nec enim videbatur æquum propter minimam ſummam aliquẽ grauiſſima infamiæ pœna, quæ vltimo ſupplicio comparari poteſt *l. 9. ff. de manum. vindict.* affici. Quæ. 54 *An actio doli de re minima detur, & quare nõ?*

Sed huic obſtat, quod propter rem exigui precii datur actio furti, nempè propter anſerem vel gallinam *§. item gallinarũ Inſt. de rer. diuiſ.* Item quod actio vi bonorum raptorum de re minima competere dicitur *pr. Inſt. de vi bonorum rapt.* Quas tamen actiones non minus famoſas eſſe atque actionem doli, conſtat *l. 1. ff. de his, qui not. infamia.*

Proinde hanc rationem nec vnicã nec ſufficien-

Digitized by Google

ſufficientem eſſe opinor; verum idcirco exiſtimo non dari hanc actionem de dolo, quia famoſa eſt & actum iure ciuili ſubſiſtentem reſcindit; adeoque duplex quodammodo odium continet, vide quæ dixi ſupra *theſi 1. lit. B.*

Lit F. Inſuper quia famoſa eſt hæc actio, non extenditur vltra metas continui biennii. Ita hac de re Conſtantinus *in l. final. Codic. de dolo malo: Optimum duximus non ex eo die, quo ſe quisque admiſſum dolum didiciſſe commemorauerit, neque intra anni vtilis tempus, ſed potius ex eo die, quo adſeritur commiſſus do'us, intra continuum biennium de dolo actionem moueri, ſiue abſuerit, ſiue præſto fuerit is, qui dolum ſe paſſum eſſe conqueritur. Omnes igitur ſciant neque incipiendæ poſt biennium, neque ante completum biennium cœptæ, poſt biennium vero finiendæ doli actionis eſſe conceſſam licentiam.*

Hac conſtitutione Imperator Conſtantinus primo conſtituit vt actio doli non vt olim extinguatur anno vtili, ſed intra biennium continuum moueri & inſtitui poſſit: deinde vt inſtituta quoque terminetur ac finiatur intra biennium continuum: ſic vt biennium iſtud non modo inſtituendæ, ſed finiendæ quoque actioni doli ſit præfinitum ac præſtitutum.

Quod procul dubio idcirco receptum fuit ac conſtitutum quia hæc actio, vt dictum eſt, non modo famoſa, ſed iuris ciuilis etiam reſciſſoria eſt *l. 35. Digeſt. de oblig. & Act.* vt ita grauitas huius actionis ius iſtud à Conſtantino extorſerit Donell. *15. com.* 40.

Non obſtat igitur, quod litis conteſtatione actiones temporales perpetuentur *l. vlt. in fine Digeſt. de fidei tut. l. 139. de Reg. Iur.* Proinde idem quoque dicendum videatur de actione doli, quod & ipſa litis conteſtatione perpetua fiat, nec ſemel inchoata biennio extinguatur.

Reſpond. Donellus enim reſpondet, à regula modo citata, quod actiones litis conteſtatione perpetuentur, excipi actionem doli: exceptionis vero iſtius, rationem eſſe eam, quam modo dixi, quod famoſum ſit iudicium doli ſimul etiam reſciſſorium, adeoque duplex in ſe odium contineat, & ideo reſtringendum eſſe viſum fuit. *cap. odia de Reg. Iur.*

Non aduerſatur *l. 3. Codic. de dolo*, vbi Gordianus negat in actione de dolo computari, ea tempora, quibus deceptus reipubl. cauſa abſuit, ſed exinde incipere illi tempus cedere, ex quo muneribus publicis liberatus facultatem agendi, intra tempora cœpit obtinere.

Reſpond. Donellus reſpondet hanc *l. 3.* eſſe abrogatam per *d. l. fin.* Sed hoc abſurdum eſt, cum *d. l. vlt.* non ſit vna ex nouis conſtitutionibus, ad iuris veteris emendationem ſpectantibus, ſe in priori quoque Codice extiterit, vt ſatis ſuperque indicat inſcriptio *d. l. vlt.* quales conſtitutiones correctoriæ non ſunt, vt alibi dictum eſt.

Aliter proinde reſpondet idem Donellus, nempe ei, qui reipubl. cauſa abfuit, in actione de dolo non computari ea tempora cum effectu: proinde etſi ex Conſtantini conſtitutione *in d. l. vlt.* abſenti cedant tempora, ſummo iure, poſſe tamen in integrum reſtitutionem impetrare, vt ſibi dies amiſſi reſtituantur quibus neceſſario reipubl. cauſa abfuit, ex ea parte edicti, quæ eſt de iis cauſis, ex quibus maiores in integrum reſtituuntur *l. ſed etſi. §. vlt. ff. ex quibus cauſis maior.* Sed hęc reſponſio eſt diuinatoria.

Placet Huberti Giphanii reſponſio, qui ait *d. l. vlt. Codic. de dolo* continere regulam: ſed *l. 3. eod.* continere exceptionem. Et regulariter quidem actionem doli aduerſus ignorantem dolo ſe circumuentum, currere ſtatim à tempore doli admiſſi: ſed aduerſus abſentem reipubl. cauſa non cedere à tempore admiſſi doli, ſed

ab eo tempore, quo Reipubl. cauſa abeſſe deſierit. Rationem exceptionis conſiſtere in fauore eius, qui operam bonam nauatus eſt Reipubl.

Non obſtat inſuper *lex itaque 28. Digeſt. de dolo*, vbi dicitur, in ipſo qui dolo commiſerit perpetuo dandam eſſe actionem.

Reſpond. Nam loquitur iſta *l. 28.* expreſſe de actione in factum, quæ intra triceſimum annum poteſt intentari, quoniam famoſa non eſt, vt actio doli. Sichardus *in d. l. fin. num. 2.* Et hanc eſſe perpetuam æquitas ſuadet, quia nullo tempore lucrum ex delicto cum alterius damno ſperandum eſt, *l. 16. §. fin. Digeſt. quod met. cauſa.*

Non reſiſtit præterea, quod exceptio doli ſit perpetua *l. pure. 5. §. vlt. ff. de except. doli.*

Reſpond. Nam diuerſa eſt ratio actionis & exceptionis doli: quia exceptio doli non infamat, vt actio doli, quoniam exceptione oppoſita, non damnatur actor, ſed abſoluitur reus: nemo autem ex dolo infamis eſt, niſi de dolo damnatus *leg. prim. Digeſt. de his, qui not. infam.* Deinde quia exceptio rem tuetur & ideo, vt actio rei perſecutoria durare in perpetuum debet *l. 6. Codic. de except.* perpetuitas autem hæc non item, vt in actionibus *l. de perpet. & temp. act.* triginta annis concluditur: illis enim ob negligentiam ceſſantium iura ſua perſequi, tanto tempore præſcribitur, ſiquidem agi poſſint *l. vnic. §. 1. Codic. de annal. except.* At exceptione non perinde, vt actor actione, reus arbitratu ſuo poteſt vti, cum illi ſemper expectandus ſit actor, cuius actionem exceptione præcludat.

Nulla igitur cum poſſit imputari ei negligentia, quippe qui excipere non valeat, niſi agatur. Merito nulla quoque currit ei præſcriptio *leg. 5. leg. 6. Codic. de except.* ſic pulchre Weſenbecius *in paratitl. de dolo. n 8.*

Poſtremo nihil detrahit ſententiæ propoſitæ *l. fin. Codic. de tempor. in integr. reſtit.* vbi omnibus in genere in integrum reſtitutionibus, tum petendis, tum finiendis continuum quadriennium præfinit; quæ lex cum generaliter loquatur, & noua ſit atque correctoria, videtur dicendum, eam quoque ad actionem doli porrigendam, & abrogare *d. l. fin. Codic. de dolo.* Sicut actioni quoque doli mouendæ ac finiendæ præfigatur quadriennium continuum.

Reſpond. Etenim leges nouæ correctoriæ non trahuntur ad iura exorbitantia & ſingularia, cuiuſmodi hoc eſt de actione doli; hæc enim expreſſam & ſpecificam requirunt emendationem. Proinde etſi prædicta lex Iuſtiniani, quæ multo tempore poſt ſecuta eſt, in maiorum reſtitutionibus quadriennium continuum conſtituit, nec vllas excipit; tamen nihil amplius, quam generalis conſtitutio eſt, cuiuſmodi conſtitutiones nunquam derogant iis, quamuis prioribus, quibus diuerſum ius conſtituitur de ſpecie vna aliqua eiuſdem generis; id enim eſt, quod regula iuris traditur, in toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimum haberi, quod ad ſpeciem directum eſt *leg. in toto Digeſt. de Reg. Iur.* Adde quod *d. l. fin. Codic. de tempor. in integr.* loquatur de remedio reſtitutionis in integrum, à quo actionem doli eſſe diuerſam ſupra oſtenſum fuit: nec enim de actu dolo malo geſto reſcindo, ſed de re dolo extorta reſtituenda competit: Adeoque non eſt reſciſſorium ſed reſcindens, remedium.

Iubetur quoque qui dolum fecit, rem dolo extortam reſtituere, & ſi iuſſus non reſtituerit, condemnatur, quanti in litem ex affectione iuratum fuerit. Eſt enim *Lit. H.*

hæc

hæc actio arbitraria §. *præterea Inſtit. de action.* In arbitrariis vero iudiciis in litem iurari teſtatur expreſſe Vlpianus *in l. 68. verſicul. Hac ſententia Digeſt. de Rei vindicat.* hæc ſententia (quod res æſtimetur ex affectione iureiurando actoris) eſſe generalem & ad omnia, ſiue interdicta, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet, Atque hoc quidem extra omnem dubitationis aleam poſitum eſſe videtur: de eo autem maxima ſuboritur dubitatio, an etiam in actione, quod metus cauſa & in actione doli, quas & ipſas arbitrarias eſſe conſtat, in litem iurari poſſit? Antonius Faber, & qui eum ex Neotericis ſequuntur, contendunt in actionibus hiſce in litem iurari non poſſe.

Qu. 55. *An in actione doli & quod met. cauſ. poßit in litem iurari?*

1. Quia ſi de eo, quod metus cauſa geſtum eſt, agatur, tum pœna quadrupli edicto ipſo prætoris ſit conſtituta aduerſus contumacem poſſeſſorem rem domino reſtituere nolentem *l. 14. §. prim. Digeſt. quod met. cauſ.* Nuſpiam vero permittatur rem iureiurando actoris æſtimare, præterquam *in leg. 18. Digeſt. de dolo malo.* quæ à Tribaniano fœde fuerit corrupta: Sin vero agatur de dolo actione doli, tum condemnetur reus, quanti res eſt, hoc eſt quanti reuera intereſt actoris *d. l. 18.* Id a. quod intereſt diuerſum eſt ab eo, quanti in litem iuratum eſt *l. 64. ff de iudic.*

2. Quod Marcianus *in leg. 5. princ. Digeſt. de in lit. iur.* fruſtra alias ſcripſiſſet; in actionibus arbitrariis in rem iurari in litem; ſi in actionibus arbitrariis perſonalibus idem obtineret.

3. Quia in illis demum actionibus in litem iuratur, quibus dominus rem ſuam repetit, *d. l. 8. Digeſt. de in lit. iur. leg. 9. Digeſt. rer. amot.* per actionem a. doli & actionem quod metus cauſa dominus non repetit rem ſuam, quia traditio & venditio per metum aut dolum extorta, transfert dominium *leg. 5. Codic. de reſcind. vendit. l. 9. §. licet & §. volenti. Digeſt. quod met. cauſa.*

4. Quia in his actionibus deficit ratio & fundamentum iurisiurandi in litem affectionis, quod eſt, ne dominus rem ſuam inuitus cogatur ſuo precio vendere *d. leg. 8. & d. leg. 9. Digeſt. rerum amot.*

Sed his Anton. Fabri argumentis minime motus, omnino ſtatuendum cenſeo, in actione quoque doli & metus in litem iurari.

1. Quia *in d. leg. 68. Digeſt. de R. vindicat.* generaliter definitur, in omnibus actionibus, ſiue in rem ſint; ſiue in perſonam, quibus arbitratu iudicis, qui reſtituitur, in litem iurari.

2. Confirmat hanc etiam ſententiam *leg. 18. Digeſt. de dolo malo*, ibi Paulus: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur; & niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio quanti ea res eſt; ideo autem & hic, & in metus cauſa actione quantitas non adijcitur, vt poßit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit*; quam legem fruſtra, tanquam abſurdum reiicit Antonius Faber ex ea ratione, quod in principio illius *leg. 18.* dicatur, nullam certam quantitatem actione, quod metus cauſa comprehenſam eſſe; cum tamen quantitas pœnæ, quadruplum ſcilicet, manifeſte fuerit edicto definita *leg. 14. Digeſt. quod met. cauſ.*

Nam quantitas, quam negat Paulus *in d. l. 18.* edicto fuiſſe definitam, non eſt quantitas pœnæ; ſed quantitas ſimpli, cuius quadruplum, pœnæ loco, edictum prætoris iubet præſtari illi, qui metum eſt paſſus. Simplum vero

iſtud

iſtud idcirco incertum eſt, quia eſt id, quod intereſt, cuius æſtimatio incerta eſt.

Nec quicquam mouent Antonii Fabri argumenta: non ſane primum, quia etſi edicto prætoris pœna actionis, quod metus cauſa ſit quadruplum: tamen iſtud quadruplum eſt ſimpli iſtius quadruplum, quod iureiurando actoris definitum eſt: prius autem ſimplum definiendum eſt, quam quadruplum ſimpli iſtius conſtituatur: At ſimplum hoc quoniam incertum eſt, nec edicto prætoris determinatum, definitur ac determinatur iureiurando actoris, vt Paulus oſtendit *in d. l. 18.* Nec obſtat quod dicitur quadruplari id quanti res eſt *d. leg. 14.* §. 7. *Digeſt. quod met. cauſ.* Id enim ex *d. leg. 18. Digeſt. de dolo.* ſic omnino accipiendum eſt; quanti res eſt ex iureiurando actoris; ſeu quanti res eſt ex iureiurando actoris æſtimata. Nec etiam impedit, quod omne, quod actione, quod metus cauſa reſtituitur, quadruplетur *d. leg. 14.* §. *1.* Atque ſic etiam fructus, qui tamen, cum petantur ſolum tanquam debiti, non etiam tanquam noſtri, non æſtimentur per iuſiurandum in litem.

Nam omne quod reſtituitur, id quadruplетur, adeoque fructus etiam, ſed exinde non ſequitur, quod id, quod quadruplatur, pariter etiam per iuſiurandum in litem æſtimetur. Quadruplatur res ipſa reſtituenda, prius iureiurando in litem æſtimata: quadruplantur fructus, ſed æſtimati officio iudicis. Sic igitur, quoad actionem quod metus cauſa, ſeſe res habet; is qui rem metu extortam detinet, iubetur primo illam priori ſuo domino reſtituere: ſi reſtituit, bene ſeſe res habet: ſin minus, permittitur actori aduerſus ipſum iureiurando rem ſuam æſtimare, cuius rei ſic æſtimatæ quadruplum poſt præſtare compellatur, qui arbitrio iudicis non paruit.

Quamuis non ignorem Hugonem Donellum 15. *comm.* 38. diſtinguere, vt intra annum quadruplетur ſimplum, quanti res eſt, quæ reſtitui debet, hoc eſt, quanti vere eſt, & quanti intereſt actoris metum non pati: at cum poſt annum ad ſimplum ventum eſt, in quo id agitur, vt quod per metum amiſſum eſt, reſtituatur, niſi id arbitrio iudicis reſtituitur, ſequatur quidem condemnatio quanti ea res eſt; ſed quanti ea eſt iureiurando actoris æſtimata: atque ſic accipit. *l. 18. ff. de dolo.*

Quæ tamen diſtinctio propterea non videtur admittenda, quod textus *d. leg.* 18. generalis ſit & indiſtincte velit ſimplum æſtimari arbitrio actoris per iuſiurandum in litem: nec etiam vllus textus extet, qui hanc Donelli diſtinctionem confirmet. Quibus & illud accedit; quod quæ ratio ſuadet rem, quæ non reſtituitur ei cui erat metu extorta, poſt annum iureiurando in litem æſtimari, eadem quoque idem fieri intra annum omnino compellat.

Quod porro Antonius Faber ait actionem doli ſaltem de eo competere, quanti res vere eſt; ſeu quanti reuera intereſt actoris, id aperte à Paulo negatur: & quod ille *in princ. d. leg. 18.* dicit, ſi res non reſtituatur condemnari reum quanti res eſt, id, ipſemet Paulo interprete *in verſicul.* ſtatim ſubiecto ſic accipiendum eſt, vti ſupra illud intelligendum dixi, nempe quanti res eſt ex iureiurando in litem actoris, ſeu quanti res iureiurando actoris æſtimata eſt. Poſtremo etſi edicto de dolo & edicto, quod metus cauſa nil de iureiurando in litem reperiatur cautum: id tamen ex ſententia edicti admittendum eſſe, interpres eſt ipſe Paulus *in d. leg. 18.* qui, vt inſcriptio eius legis arguit, edictum de dolo & metu interpretatus eſt *lib. 11.* quem ad edictum perpetuum ſcripſit.

Non

Digitized by Google

Non aduerſatur ſententiæ noſtræ ſecundum Antonii Fabri argumentum, quoniam *in d. leg. quint. Digeſt. de in lit. iur.* Iuriſconſultus Marcianus reliquas in perſonam actiones ſimiles iſtis, quas ibidem recenſuit, minime excludere voluit: alioquin ſi hoc ipſi propoſitum fuiſſet, nec in actione rerum amotarum quæ & ipſa in perſonam eſt, iuraretur in litem, contra quam dicitur *in leg.* 8. *& 9. Digeſt. rer. amot.*

Nec etiam in Fauiana & Caluiſiana, quæ & ipſæ in perſonam ſunt, *leg. prim.* §. *hac actio. Digeſt. ſi quid in fraud. patroni*: nec tamen bonæ fidei ſunt §. *28. l. de act.* in litem iurari poſſet, cum tamen contrarium aſſerat Iuriſconſultus *in l. Tenetur. ff. d. tit.* Quapropter à ſimilibus etiam hic procedendum eſt ad ſimilia, & vbi eadem ratio eſt, ibi ius idem conſtituendum eſt *leg. duodecim. cum ſequenti. Digeſt. de legibus.*

Non obſtat tertium argumentum: nam etſi alienatio, dolo aut vi extorta, dominium transferat ſtricto iure: humanitate tamen & æquitate inſpecta, quæ iuſiurandum in litem ſuſtinet *leg. octau. Digeſt. hoc titul. & leg. 9. Digeſt. rer. amot.* ſecus eſt, maxime cum reſtitutionis in integrū beneficium, quod ad infirmandam alienationem iſtam competit, ſemper in parato habeat læſus, & ideo rationem iuriſiurandi in litem in hiſce actionibus deficere, dicendum non eſt; atque hanc ſolutionem meam egregie confirmat exemplum actionis Pauianæ & Caluiſianæ, quas & ipſas actiones competere de rebus alienatis in fraudem creditorum, aut patronorum, quas res alienatio in accipientes transtulerit, expeditum eſt. Et tamen in illis actionibus, non obſtante alienatione iſta, in litem iurari liquido conſtat ex *leg. Tenetur. Digeſt. de his, quæ in fraud. patroni.*

Atque ita quoque quarto & poſtremo argumento ſatisfieri puto.

RESOLVTIO THESIS Septimæ.

TERTIA cauſa, ex qua datur in integrum reſtitutio, & ætas minorennis. Minoribus enim 25. annis prætor in integrum reſtitutionem pollicetur, ſi iudicii imbecillitate lapſi prohibentur. Minoribus, inquam, 25. annis, adeo vt extremus dies 25. & hora eius vltima à momento in momentum computetur ac reſtitutioni locum faciat. *Lit. A.*

Quamuis enim alias dies anni vltimi poſtremus cœptus pro completo habeatur *l. octau. Digeſt. de muneribus & honoribus leg. 74. §. Fabius. Digeſt. ad SC. Trebell.* Hoc tamen in loco res ſecus ſeſe habet *leg. tert. §. minorem tert. Digeſt. de minorib. l. fin. Cod. de temporib. in integrum.* Et ratio hæc eſt, quod in edicto prætoris non ſimpliciter dicatur, quod cum minore 25. annis geſtum eſt: ſed quod cum minore 25. annis NATV geſtum eſt: hoc autem verbum *natus*, ſiue *natiuitas* ſignificat momentum naſcendi: accedit etiam fauor minoris, qui ſuadet extendi potius, quam reſtringi tempora minorennitatis propter beneficium reſtitutionis, quod ætati huic tributum eſt. Sed de hac quæſtione vide quæ dicta ſunt ſupra *diſput. 8 theſ. 1. Lit. E. in fine.* vbi quoque notatum iure Saxonico ætatem minorennem finiri & terminari anno vigeſimo primo completo.

Sic autem prætor minoribus facilitate inconſulta ætatis lapſis ac circumuentis ſuccurrit, vt eos meo officio in priſtinum ſtatum reponat: ſciendum etenim eſt prætorem, ſeu magiſtratum non conſueuiſſe de cauſis ordinarie cognoſcere, *Lit. B.* *Lit. C.*

Digitized by Google

ſed iudicem dare qui cognoſcat: quinimo nequidem potuiſſe *leg. ſecund. Codic. de pedaneis Iudic.* Sed ſolitum fuiſſe litigantibus conſtituere iudicem qui cognoſceret & iudicaret. Exceptis paucis quibuſdam cauſis, maxime arduis, de quibus prætor ipſe cognoſcebat, nec iudicem dare ſolebat: hinc animaduertere licet, prætores in ſuis edictis plerumque polliceri, *ſe iudicem daturum.* Raro *ſe iudicaturum vel animaduerſurum.* Ex harum tamen cauſarum, in quibus magiſtratus ipſe iudicat & cognitionem ſuſcipit, numero eſt quoque reſtitutio in integrum minorum, de qua in præſentiarum quæſtio & ſermo nobis eſt: in hac ſiquidem prætor ſe animaduerſurum pollicetur *leg. prim. Digeſt. de minoribus.* cuius hæc ſunt verba: *Prætor edicit, quod cum minore quam viginti quinque annis natu geſtum eſſe dicetur, uti quaque res erit animaduerte.*

Ac prætoriæ cognitionis expreſſa fit mentio *in leg. 13. §. Interdum Digeſt. de minoribus.*

Lit. D. Non diſtinguit prætor ſintne patresfam. an filiifam. Maſculi an fœminæ: omnibus ſiquidem ſuccurrit modo minores ſint & iudicii facilitate ac imbecillitate lapſi.

Cæterum qui ex capite minorennis ætatis reſtitutionem in integrum petit, is probare tenetur, ſe adhuc minorem 25. annis, iudicii imbecillitate lapſum eſſe.

Ætatis minorennis probationem difficillimam eſſe, ſcribit poſt Bartolum *in l. de ætate, numero ſeptimo. Digeſt. de minoribus.* Parſium *conſil 10. numer. 58.* Iacobus Menochius *lib. 2. arbitr. iudic. quæſtion. caſu 116.* Cum clam & in occulto parere ſoleant mulieres, teſte eodem Menochio *lib. 2. præſumpt. 51.*

Hanc vero ætatem neceſſario probandam eſſe, priuſquam reſtitutio concedatur ſcribit Marcellus Iuriſconſultus *in l. 43. Digeſt. de minorib. De ætate*, inquiens, *eius, qui ſe minorem annis viginti quinque dicit, cauſa cognita probandum eſt, quia per eam probationem in integrum reſtitutioni eiuſdem adoleſcentis & aliis cauſis præiudicatur.*

A quo autem probari debeat ætas, non æque conſtare video: verior tamen, æquior & melior eſt ſententia eorum, qui probationem ætatis ei incumbere aiunt, qui in ea ſeſe fundat & propter illam reſtitui poſtulat. Qu. 56. *Quis ætatem minorennem probare debeat?*

1. Primo facit pro hac ſententia communis regula iuris, quod actori, itemque ei, qui dicit & affirmat onus probationis incumbat *l. Actor. Codic. de probat. leg. 2. Digeſt. eod. tit.* In propoſito autem minor, reſtitui cupiens, eſt actor, ſeque in ætate fundat minoremque ſeſe eſſe affirmat: proinde ætatis minorennis probatio ipſi iure incumbit.

2. Confirmat inſuper hanc ſententiam *l. Cum te 9. Codic. de probat.* vbi Imper. *cum te minorem quinque & viginti annis eſſe proponas, adire præſidem prouinciæ debes, & de ea ætate probare.* Eum itaque qui minorem ætatem allegat, probare eam oportet.

3. Idemque relucet quoque ex *leg. 4. Codic. de reſtitut.* in verbis: *Si minorem te quinque & viginti annis fuiſſe, cum contraheres, oſtenderis.*

4. Inſuper probat id ipſum vulgaris Dd. theorica, quod is, qui certum tempus adducit, illud probare debeat *l. Eum actum. princ. Digeſt. de negot. geſt. l. Eum. §. publiciana ff. de public. in rem act. l. Matrem C. de probat.*

5. Præterea, qui deducit aliquod incertum, probare debet *l. ſpadonum §. ſolutus Digeſt. de excuſat. tutor.* Atqui ætas eſt quid incertum, cum quotidie fugiat, quotidie mutetur *l. proponebatur. Digeſt. de iudic.* Proinde ætas minorennis probanda eſt

Digitized by Google

eſt ab eo, qui ſe in integrum ob eam ætatem reſtitui poſtulat.

6. Denique pro actu, qui habet debitã formam, ſemper præſumitur *d. l. ab ea parte ff. de probat.* qui igitur vult impugnare actum, dicitur habere præſumptionem contra ſe, & ob id grauatur onere probationis, iuxta *l. generaliter §. ſi pretium in fine ff. de fideicomm. libert.*

Quocirca minor, per in integrum reſtitutionem impugnaturus contractum, aut aliquem alium actum à ſe geſtum, probare tenetur ætatem minorennem.

Et hæc opinio communis eſt, teſte Menoch. *de præſumpt. lib. 2. præſ. 50.* eamque præiudiciis confirmarunt Bononienſes, eandemque comprobant Donellus, & Gilckenius ad *l. 9. Codic. de probat.* Menochius *d. loco.*

Non obſtat primo fauor ætatis minorennis, cui tribuitur reſtitutio, quæque ſuadere videtur, vt is qui vult reſtitui probandi onere ſubleuetur & exoneretur.

Reſpond. Quoniam hactenus beneficia tribui ſolent, ne aliis fiat iniuria *leg. 4. Codic. de emancipat. lib.* At non careret parua iniuria, ſi is, qui dicit, reiiciat onus probandi in aduerſarium *l. Actor. Codic. de probat.*

Sic etiam non obſtat *l. 4. Codic. de reſtit. in integrum.* vbi traditur ex iure certo, eum qui petit ſe in integrum reſtitui, aduerſus id, quod minor geſſit, non habere neceſſe probare, ſe minorem eſſe cum petit reſtitutionem, ſed ſatis eſſe, ſi probet, ſe tunc minorem fuiſſe cum contrahebatur.

Reſpond. Nam, vt ſupra hanc conſtitutionem induximus, probat potius noſtram ſententiam, quod ſcilicet reſtitui poſtulans probare ætatem debeat; hoc igitur ſaltem vult hæc l. 4. quod qui reſtitutionem petit, non teneatur probare, ſe minorem eſſe, nunc cum reſtitui poſtulat, ſed ſe fuiſſe minorem cum contraxit, idque ideo, quia non neceſſe habet amplius intendere, quam ſe fuiſſe tempore contractus minorem.

Et hæc ita cum de in integrum reſtitutione ex capite ætatis minorennis concedenda quæritur. Aliis vero in actibus, in quibus ætas allegatur, à quo ætatis probatio fieri debeat per diſtinctionem explicant Menochius *d. præſumpt. 50.* & Gilckenius ad *d. l. 9.* vbi vide.

Lit. F. Qu. 57. *Quomodo ſit probanda ætas?*

At quomodo probanda ſit ætas porro quæritur? Et quia probatio ipſius, vt prius dictum, perquam difficilis eſt, idcirco ad eam probandam admittuntur probationes alias impotentes Menoch. *dd. loc*

Hinc Autor noſter ſtatuit in ætate minorenni probanda ſtari aſſertioni parentum. Et ita quoque Menoch. *d. caſu 116.* Mauritius *de in integr. reſtitut. capit. 317.* Bartol. ad *l. etiam Digeſt. de probation.* Idque ſtabiliri opinantur *l. 16. Digeſt. de probat.* vbi Terentius Clemens; etiam matris, inquit, profeſſio filiorum recipitur: ſed & aui recipienda eſt.

Et in *l. 1. Codic. ſi minor ſe maior. dix.* Itidem talis profeſſio parentum de liberorum ætate pro iuſta ac legitima probatione admittitur.

Cæterum quo minus huic ſententiæ Autoris ſubſcribam, facit quod nulla in cauſa probatio ſuſpecta admitti debeat: atqui parentum teſtimonium in cauſa liberorum eſt ſuſpectum *§. 9. & ſeq. I. de teſtam.* propter affectionem, qua liberos ſuos proſequuntur, & propter arctiſſimum neceſſitudinis vinculum, quo liberis copulantur parentes. Vnde etiam *in l. parentes 6. Codic. de teſtib.* parentum teſtimonium in cauſa liberorum ſimpliciter improbatur. Et *l. teſtes. Digeſt. de teſt b.* Teſtis idoneus pater filio aut filius patri non eſt.

Et quanquam Iohannes Mauritius ad haſce leges reſpõdeat, fauore ſpeciali minoris ętatis receptũ eſſe vt ad eius p̄bationẽ admittãtur parẽtes. Eius aũt ſpecialitatis ratio-

rationem eſſe, quia præſumantur parentes ex mente & intentione legis perfectiùs, imo verius ætatem noſſe quam alii *argum. leg. de tutela. Codic. de reſtitut. in integrum.*

Sed tamen hæc reſponſio neruum argumenti propoſiti non infringit, quandoquidé præſumptio iſta legis non, vt oportebat, probatur, & quanquam fortaſſis parentibus de veritate in propoſito melius conſtare poſſit, quam aliis, periculum tamen ſubeſt, ne in gratiam liberorum veritatem occultent, ac falſum deponant teſtimonium, quo pars aduerſa non parum grauatur. Quod ſane eo magis hac in cauſa præcauendum, cum ſit præiudicialis, atque aliis cauſis & quæſtionibus præiudicium faciat.

Nec obſtant textus paulo ſupra adducti; loquuntur enim non de quavis parentum aſſertione, ſed de parentum profeſſionibus: etenim ſic conſtitutum moribusque apud populum Romanum erat receptum, vt qua die filius naſcebatur ab ea parentes intra 30. dies apud acta profiteri neceſſum haberent, quo ſimul de ſtatu illorum & de ætate conſtare poſſet. Huiuſmodi igitur profeſſio & publica aſſertio parentum de ætate liberorum admittitur ad ætatem probandam, quia has profeſſiones, ab omni ſuſpicione falſi vindicat tempus, quo eduntur, nam quo tempore parentes liberos ſibi natos apud acta profitentur, nondum vlla lis eſt cum liberis, nec ſciunt parentes vtrum hæc profeſſio liberis nocitura ſit, an profutura, & ſi profutura, quibus in cauſis & quando profutura ſit: vt non poſſint dici parentes aliquod commodum inde captare liberis, aut reliquos velle lædere. Omni igitur ſuſpicione hinc remota, merito placuit his profeſſionibus fidem haberi, quod tandiu faciendum eſt, donec contrarium fuerit probatum.

Sunt qui exiſtiment: depoſitionem matris de ætate liberorum magis indicium, quam efficacem probationem facere, ſic vt iudex ex eius depoſitione veritatem magis inueſtigare & inquirere valeat. Sed ne quidem iudicium vel præſumptionem ex matris hoc teſtimonio reſultare, ſed id plane non admittendum, verum vt ſuſpectum reiiciendum mihi perſuaſiſſimum habeo *arg. d. l. parentes Codic. de teſtibus & leg. Teſtis. Digeſt. eod. titul.*

De coniunctis idem iudicium eſto, ſi ſcilicet tales ſint, qui alias ad teſtimonium non admittantur: quoniam & horum teſtimonium ſuſpectum eſt, & ob id à teſtimonio dicendo generaliter remouentur.

Non obſtante eo, quod cum extranei admittantur, multo magis admittendi videantur cognati, conſanguinei & proximi, cum his melius poſſit de natiuitate & ætate conſtare, quam extraneis.

Reſpond. Etenim non hic ſpectatur, cui melius poſſit de rei veritate conſtare, ſed qui potius veritaté ſit dicturus ac depoſiturus: iam vero, etſi propinquis melius poſſit conſtare de veritate & natiuitate, quia tamen propter amorem & affectionem, qua proſequuntur ſuum conſanguineum ſuſpecti ſunt, & metuuntur in gratiam ſanguinei falſum depoſituri teſtimonium, idcirco remouentur à teſtimonio in cauſa conſanguinei. Quæ ratio cum in extraneis deficiat, idcirco extranei potius, quam conſanguinei ad ætatem probandam admitti debent.

Hinc itaque deciſio patet quæſtionis illius, quam mouet Author noſter, vtrum videlicet ſi coniuncti concurrant cum extraneis, illi his, an vero hi illis præferri debeant?

Siquidem conſanguineos non præferendos extraneis, ſed nec admittendos ad teſtimonium ex prædictis patet.

Quod

Quod ſi tamen coniuncti eius ſunt generis, vt aliis etiam in cauſis admittantur, nec ob ſanguinis coniunctionē à teſtimonio arceātur, ipſe verius exiſtimo propter rationem autoris, quia videl. ipſis rectius de ætate conſanguinei conſtare poteſt q̃ extraneis, in concurſu prædicto plus valere depoſitionem & teſtimonium ipſorum quam extraneorum.

Quam ſententiam niti præſumptione iuris & legis, ſcribit Mauritius, quoniam lex præſumit melius & efficacius à conſanguineo quam extraneo minoris ætatem & natiuitatis tempora ſciri.

Quod autem aliorū teſtimonio, veluti vicinorum & præſertim obſtetricum, earumq; mulierū, quæ parienti mulieri adfuerint, quiq; è baptiſmate ſacro illum, de cuius ætate quæritur, ſuſceperunt, ætas probari poſſit dubium plane nullum eſt.

Litera G. Quæ. 58. An libri parentū in quibus diem natiuitatis annotarūt, plene probent?

Libris quoque, in quibus parentes deſcribunt & annotant liberorum natales probatur ætas, & quidem plene probatur. Mauritius *de reſtitut. in integr. c. 320.* Menochius *lib. 2. præſumpt.*

Fundamentum huius extat in *l. 2. §. 1. ff. de excuſat. tutor.* vbi Modeſtinus ſcribit; ætatem probari aut ex natiuitatis ſcriptura, aut aliis demonſtrationibus legitimis; per ſcripturam natiuitatis proculdubio intelligitur liber parentum, in quem natiuitatem liberorum annotarunt.

Nec obſtat ei, quod ſupra de teſtimonio parentum, ſuper ætate liberorum deponentium, dictum eſt, quod videlic. non valeat, nec vllam fidem vel authoritatem mereatur.

Siquidem, quæ res profeſſioni parentum fidem conciliat eamq; ab omni ſuſpicione liberat, ea quoque ſcripturæ huic parentum authoritatem impetrat: ſiquidem eo tempore, quo ſcriptura iſta natiuitas liberorum à parentibus annotatur, ſciri non poteſt, vtrum falſa ætatis annotatio aliquando profutura; an vero obfutura ſit liberis: Proinde quia tam nocere quam prodeſſe poteſt falſæ ætatis annotatio, idcirco non præſumuntur parentes contra veritatem id ſcripſiſſe, vt quos nulla alia ad id trahat affectio, quam vt quandoque poſſit eis eſſe ſolatio ſi in memoriam ætatem filiorum reduxerit. Diuerſa itaque ratio eſt teſtimonii ſiue aſſertionis parentis & librorum in quos ſuorum filiorum natiuitatem conſignarunt. hi enim comparantur profeſſioni parentum, non etiam teſtimonio, ſeu aſſertioni eorum.

Cæterum Iacobus Menochius *dict. præſumpt. 51. num. 10.* ſcripturam huiuſmodi parentum non plene, nec vere, ſed duntaxat præſumptiue probare natiuitatem liberorum ſtatuit: præſumptiue idcirco, quia veriſimile non ſit, quod pater mendacium ſcripſerit, quippe quod nulla tunc ſubfuerit cauſa, quæ impellere potuerit eum aliter ſcribere, quam ipſa eſſet veritas: plene autem idcirco non probare, quia cum iure cautum non ſit, tantum fidei eſſe illi ſcripturæ tribuendum. Et *dict. leg. 2. Digeſt. de excuſat. tutor.* interpretatur de publicis profeſſionum tabulis, in quas ſcilicet profeſſio parentum de ætate ſuorum liberorum relata fuerit apud acta.

Sed in memoriam ſibi reuocare debebat Menochius, quod *2. arbitrar. iud. quæſt. 116.* monuit, quia probatio natiuitatis difficilis admodum ſit probationis, idcirco ad eam probandam admitti probationes aliàs impotentes.

Litera H. Qu. 50. An probet ætatē liber parochi?

Probatur inſuper ætas libro paræciali in quem parochus referre ſolet nomina & cognomina eorum, qui ab eo bapiſma ſuſcipiunt; quod eſſe certiſſimum ætatis teſtimonium, ait Iohannes Mauritius *dict. tractat. cap. 321.* quandoquidem exinde nulla fraus reſultare poſſit, cum id hac præcipue intentione agant plebani, vt ſciant quos nam parochianos habeant, & vt incidenter de ætate eorum pateat: qui cum nihil vtilitatis aut commodi pe-

cuniarij ſint ex eo aſſecuturi, præſumantur vere ætatem deſcripſiſſe: atque hanc ſententiam approbare totam Galliam ſcribit Mauritius. Eandemque hodie apud nos vſu ſeruari teſtatur hic Autor noſter, idem plane dicendum de libris & actis publicis ciuitatis & oppidi in quibus deſcribi ſolent & annotari homines ſtatim, quam nati ſunt, quos plenam fidem mereri dubium non eſt. Menochius *d.præſumpt. 51.n.3.*

Qu. 60. *An reſtitutio in integrum minoribus tributa, etiam prodigis cōpetat?*

Cæterum anne beneficium reſtitutionis in integrum, minoribus 25. annis indultum, prodigis quoque tribui debeat? quæſtionis eſt: Affirmat Autor, propterea, quod prodigus in *l.3. C.de reſtitutionibus in integrum* comparetur minori.

Sed contraria opinio mihi arridet, quoniam beneficia & iura exorbitantia, contra iuris communis rationem recepta & introducta, ne quidem ex indentitate rationis ad conſequentiam produci ſolent, *l. quod vero. ff.de legib. l. quod contra. ff.de Regulis Iuris.§. ſed & quod principi. Inſt. de Iure Nat. gent. & ciuil.* Conſtat autem beneficium reſtitutionis in integrum, minoribus competens, eſſe priuilegium ætati tributum contra regulas iuris communis: proinde, ne quidem ex paritate rationis, ad conſequentiam porrigi & extendi debet.

Alias ſane Ruſticis quoque & mulieribus, maioribus 25. annis tribuendum eſſet, vt qui maiori ſæpe iudicij imbecillitate laborent, quam minores ætate 25. annorum. Vide *quæ dixi in tractat. de Interpret.iur.C.*

Non moueor fundamento Autoris noſtri, quoniam in *d.l.3.C.de reſtit.in integr.* comparatur prodigus minori 25. annis curatorem habenti, ac ſine ipſius authoritate contrahenti, in eo, quod ſicut prodigi contractus ipſo iure nullus eſt, nec ſeruari debet, ita quoque contractus minoris, quem ſine curatore ſuo iniit, ſit ipſo iure nullus: quoad reſtitutionem vero in integrum nulla plane fit comparatio prodigi & minoris: & ſanè ſi recte & diligenter conſideretur textus *d.l.* 3. deprehendetur prodigum non comparari minori, ſed minorem comparari prodigo: quocirca cum prodigo nulla tributa ſit reſtitutio, comparatio iſta ad reſtitutionem in integrum referri non debet: cōmittitur proinde elenchus comparatorū & fallacia à dicto ſecundum quid ad dictum ſimpliciter: non enim quæ in vno comparantur, illa ſimpliciter & per omnia comparari cenſentur.

Sic etiam impertinenter adducuntur *l.8.§.1.& l.11.ff.de reb.eor.* quia ibi non comparatur prodigus minoribus quo ad beneficium reſtitutionis; ſed quoad id, quod ex iure communi deſcendit; quæ comparatio extendenda non eſt ad iura ſingularia exorbitantia & contra ius commune recepta, vt quæ extenſionem huiuſmodi reſpuant *d.l.quod vero ff.de legib.l.quod contra.ff.de R.Iur.*

Minus probare poſſum, quod ſcribit Autor noſter, prodigum reſtitutionis in integrum beneficium implorare poſſe, etiam aduerſus geſta, ante bonorum interdictionem. *Tum* quia ante interdictionem prodigus non eſt, ſed quam primū prodigus exiſtit, ſequitur interdictio bonorum à lege *leg. 1. Digeſt. de curat. furioſ. Tum* etiam quia id, quod prodigus ante interdictionem facit, validum ac legitimum eſt. §. *Item prodigus.2.I.quibus non eſt permiſſum fac.teſtam.* vbi teſtamentum, quod prodigus ante interdictionem fecerit, dicitur eſſe validum.

Qu. 61. *Vtrum Reſpubl. & ciuitas gaudeant beneficio reſtitutionis minorū?*

Sed vtrum Eccleſia & Reſpublica gaudeant reſtitutionis in integrum beneficio controuerſum eſt? Autor ſecutus Hartmannum Piſtoris & Donellum, negat in cōtractibus reſtitutionē illis concedi, ſed verior eſt contraria opinio: quæ ſētētia hinc luculenter cōfirmari videtur, q; ſicut pupillus & minor, ſicubi ex cōtractu, quem

Digitized by Google

quem inierunt, læſi fuerint& circumuenti, in integrum reſtituuntur; ita quoq; in integrum reſtituatur ciuitas vel Reſpubl. id quod textibus haud quaquam obſcuris confirmatur.

Nam in *leg penult. Cod. ex quib. cauſ. maior.* qua Dioclet. & Maximin. Impp. Priſciano ita reſcribunt: *Reſpublica, minorum iure vti ſolet, ideoq́; auxilium reſtitutionis implorare poteſt.*

Idemque Alexander quoque Imp. in *l. penult. C. de iure Reipubl.* his verbis teſtatus eſt: Rempublicam, vt pupillam, extra ordinem iuuari moris eſt.

Quam ſententiam haud obſcure confirmauit etiam Macer Iuriſconſultus in *l. 9. ff. de appellat. Illud,* inquiens, *ſciendum eſt, neque pupillum neq; Rempubl. cum pro libertate iudicatur in integrũ reſtitui poſſe, ſed appellationem eſſe neceſſariam; idq́; ita reſcriptum eſt.*

Ex hiſce verbis colligimus, ſingulariter in fauorem libertatis, contra regulas iuris communis Reipublicæ in integrum reſtitutionem denegari: atqui ius ſingulare, in vno conſtitutum, arguit regulam eſſe in cæteris in contrarium, & exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis: quocirca Reipublicæ aliis ex cauſis, quam libertatis in integrum reſtitutio competit. Quod tanto magis procedit, quod minor viginti quinque annis in *dict. leg. 9.* expreſſe cum minore confertur, at minor regulariter habet in integrum reſtitutionem *tot. tit. C. de in integrum reſtitutione minor.* aduerſus ſolam libertatem non reſtituitur *tot. titul. C. ſi aduerſ. vendit.* Ergo & Reſpubl. ſic non reſtituetur aduerſus libertatem in *d. l. 9.* vt in cæteris cauſis regulariter reſtitutionis beneficio gaudeat.

Et quanq̃ ſint, qui textus hactenus adductus ſic eludere conentur, vt dicãt, eos nominatim, expreſſe atq; in ſpecie de *Republ.* eſſe conceptos: aliud autem Rempublicam eſſe, aliud ciuitatem *argum. l. bona. & leg. eum qui Digeſt. de verbor. ſignificat.*

Quo minus tamen hæc exceptio admittatur, facit quod vſitate in iure reſpon. pro ciuitate dicatur, è multis hi loci ſufficiant *leg 3. Digeſt. quod cuiuſq́; vniuerſitatis. l. 3. § plane. leg 5. §. item ait. Digeſt. quod vi aut clam. leg. Titia Digeſt. ad municipalem. l vltim. Codic. de iure Reipublicæ. leg. 11. Cod. de deb. ciuitat. leg. 1. Cod. de ven. reb. ciuitat.*

Non etiam me latet, Hugonem Donellum in explicatione *dict. leg. vigeſima ſeptima. de rebus creditor.* diſtinguere circa quæſtionem propoſitam, ſic, vt ſi vniuerſi ciues, conuocati, communi conſilio mutuum acceperint, vel decreuerint vnanimiter, vt alius eorum nomine acciperet, tunc reſtitutio in integrum ceſſet, quia non poſſit hoc caſu Reſpublica dici imbecillitate quadam iudicii læſa atque circumuenta: quod ſi verò non ita ſolenniter coacta ſit ciuitas, eiuſque decreto mutuum ſit acceptum, aut aliud quippiam geſtum: aut ſi actores vel curatores pecuniam acceperint mutuam, ciuitate nihil de eo nominatim cauente, tunc demum putat locum concedi in integrum reſtitutioni; atque de hoc caſu adductos textus interpretandos eſſe ſtatuit.

Veruntamen diſtinctionem hanc idcirco admitti non poſſe exiſtimo, quia poſteriori caſu non poteſt dici ciuitas ſeu Reſpublica geſſiſſe aliquid, vel mutuum accepiſſe, cum quidam, cæteris non conuocatis, quid decreuerunt aut geſſerunt. Quanquam enim, vt quid ab vniuerſitate vel ciuitate geſtum & decretum dicatur, ſufficit maiorem partem adfuiſſe ac c onſenſiſſe, omnes tamen ad hoc citandi ſunt *l. 2. C. de decur.*

Nam quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet *leg. fin. Cod. de author. præſtanda,* Weſenbec. *in paratit. ff. quod cuiuſq́; vniuerſitat.*

Proinde hoc caſu mutuum Remp. planè obſtringit, & cõſequenter aduerſus Illud re-

Digitized by Google

lud reſtitutio in integrum Reipublicæ neceſſaria non erit. Nec verò dubitandum exiſtimo], quin ciuitas, etiam ſolenniter coacta, iudicii quadam imbecillitate labi queat, cum experientia fere quotidiana id ſatis abundeque teſtetur. Multò verò minus illud admittendum cenſeo, quod idem Donellus ad *dict. l. penult. Codic. quibus ex cauſis maior.* reſpondet, eam non ad contractus Reipubl. referendam, ſed ad eos caſus reſtringendam eſſe, quibus aliquid negligentia illius vſucaptum eſt, aut actiones tempore omiſſæ ſunt, aut alio aliquo ex actu Reſpublica fuerit læſa.

Reſpond. Hoc ſiquidem in nuda ac mera diuinatione & coniectura conſiſtit, & qua facilitate aſſeritur, eadem rurſus reiicitur.

RESOLVTIO THESIS NONÆ.

Litera A. Qu.62. *Quomodo fieri debeat reſtitutio?*

Reſtituitur igitur minor aduerſus cōtractum de iure validum ac ſubſiſtentem: cum enim reſtitutio in integrum comparata ſit ad reſcindendum, id quod à minore geſtum eſt *l. 1. & tot. tit. ff. de minorib.* ſequitur vt aduerſus contractus ipſo iure nullos reſtitutio non detur: quādoquidem id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt: omnis ſiquidem priuatio præſupponit habitum, & non-entis nullæ ſunt qualitates, nullæ conſiderationes. Et pro hac aſſertione expreſſus eſt textus in *l. 16. ff de minorib.*

Reſtitutionem vero minoris ita faciendam ait Paulus, vt vnuſquiſque in integrum ius ſuum recipiat: proinde ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituatur, iuvet prętor emptorem fundum cum fructibus reddere & precium recipere *l. 24. §. fin. ff. de minorib.*

Sic & minor ſi fundum emens circumſcriptus fuerit, recipiet precium, & fundum cum fructibus reſtituet. Quod de iis fructibus accipiendū eſt, qui in rem & vtilitatem minoris verſi probantur: qui enim in rem minoris verſi non ſunt, venditori reſtitui non debent *d. l. 24.*

Cui congruit, quod in *l. vnic. Cod. de rep. quæ fiūt in iud. in integr. reſtit.* cum qui in integrum reſtituitur, ſicut in damno morari non debet, ita nec in lucro morari debere.

Nec obſtat, quod maioribus non ſuccurratur *l. 3. §. ſed vtrum. ff. de minoribus.* fieri autem poſſit, vt aduerſarius minoris ſit maior. Reſp. Nam in conſequentiam ſolum ſuccurritur maioribus, cum hęc ſit natura reſtitutionis, vt omnia in priſtinū ſtatum reponat: & æquitas, qua nititur, ſuadeat non reddi minorem cum iactura aduerſarii locupletiorem. Deinde reuera hoc ipſo ſuccurritur minori: quia niſi & maior, aduerſarius minoris, in priſtinum ſtatum reponeretur, non poſſet minor reſtitui ex ratione adducta; vt ita non tam propter maiores ipſis ſuccurratur, quam propter minores, quo & ipſis conſuli poſſit.

Non obſtat *l. 28. ff. de minor.* nam minore reſtituto, etiam aduerſarius ius ſuum recipit, ſi vnum idemq́; ſit negotium, cuius partem aduerſarius cum minore conſtituit, ita vt vtriuſq; perſona & conſenſu accedente contraheretur id negotium, vno ex his detracto, non cōſiſteret: aduerſus id ſi reſtituitur minor, merito & adverſario pro ſua parte negotium reſtituetur.

At *d. l. 28.* loquitur de negotiis diuerſis, nihil commune habentibus: nam actio tutelæ eſſe poteſt minori, vt nulla ſit maiori contraria & contra poteſt tutori eſſe actio contraria, vt nulla ſit pupillo directa *l. 1. ff. de contrar act. tutelæ.* Donell. Cuiac. & Anton. Faber.

Sed vtri incumbat probatio, quod precium & fructus ex re vendita percepti, in rem & cōmodum minoris ſint verſi, minori an vero ipſius aduerſario, quæſtio eſt inſigniter difficilis? Qu.63. *An aduerſario minoris incūbat pro*

Et quod

Digitized by Google

batio quod precium & fructus ex re vendita percepti ſint verſi in vtilitatem minoris?

Et quod is, qui à minore emit, probare debeat precium in vtilitatẽ ipſius minoris verſum eſſe: itemq́; is, qui vendidit minori, probare teneatur fructus ex fundo vendito, à minore perceptos, in utilitatẽ eius eſſe verſos hiſce fundamentis confirmari videtur.

Primo in *l. patri 28. §. Item ex diuerſo. ff. de minorib.* dicitur, minorẽ per in integrũ reſtitutionem cõtractum reſcindentẽ, rem fructibus auocare preciumq́; reſtituere, quatenus exinde locupletior ſit factus.

In *l. vn. C. de reputat.* dicitur minorẽ reſtitutũ reſtituere teneri, quicquid ad eum peruenerit, & ita videntur hęc iura Pinello requirere, vt emptor probet precium verſum fuiſſe in vtilitatem minoris.

In *l. ſi fine 33. §. interpoſito. ff. de admin. tut.* dicitur, minorem cum curatore vendidiſſe, poſteaque, agnita fraude, in integrum reſtitutum fuiſſe & videtur releuare minorem à reſtitutione precii, niſi probetur illud verſum in eius vtilitatem.

Sed pro contraria opinione ꝗ minori incumbat probatio, quod in rem ſuã pecunia non ſit verſa, nititur primò *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſus credit.* vbi Impp. reſcribũt: ***Cum profitearis eum minore 25. annis te contraxiſſe, nec doceri potuiſſe pratorem ex eo contractu minorem eſſe locupletiorem factum, intelligis eum meritò in integrum reſtituturũ.*** vbi obſeruandum, quod ſimpliciter fit mentio cõtrahentis cum minore, nec aperitur quod fuerit cauſa mutui. Idemq́; in *l. ſeq. 2. eod. tit.* expreſſe ſcribitur, minorẽ reſtituendum, niſi probetur pecuniam verſam fuiſſe in rem minoris. In iſta verò *l. 2.* alloquitur Imperator minorem: ipſum proinde vult probare pecuniam in ſuam vtilitatem eſſe verſam.

In *l. nam poſtea. §. ſi minor. ff. de inreiuran.* tradit ICtus minori incũbere onus probandi ſe læſum eſſe.

Et in *l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minorib.* quoad precium reſtituendum magis fauetur abſq; onere probandi pecuniam verſam in vtilitatem minoris: dum ibi generaliter dicitur & indiſtinctè reſtituendum emptori precium nec diſtinguitur, an verſa probetur pecunia in vtilitatẽ minoris, an vero nõ, & maximè dum excipit cauſam emptoris ſoluentis adoleſcenti, quem ſciebat pecuniam perditurum.

Mihi ſententia hæc poſterior eſſe videtur veriſſima, quod nempe actori non incumbat probatio pecuniam in vtilitatem minoris verſam eſſe; ſed minori probandum incumbat pecuniam in rem ſuam verſam non eſſe, quoniam hic in eo ſeſe fundat: quilibet autem intentionis ſuæ fundamentum probare tenetur: & ita quoque eleganter Menochius hac de re ſcribit: Cæterum, inquit, ambigi etiam ſolet qui tenetur probare aliquem effectum eſſe locupletem ex re, quæ peruenit ad eum ex contractu. Et verius eſt onus probandi pertinere ad eum, qui ſuæ intentionis fundamentum in eo ſtatuit, quod is factus ſit locupletior, h. e. quod eo contractu commodum atque vtilitatem ſenſerit, ita gloſſa in *l. 1. Codic. ſi aduerſ. vendit. & in l. prædiorum. Cod. de præd. min. & ibidem Salicet.* qui in ſpecie contractus initi cum minore ſcribunt, quod ſi contractus eſt ipſo iure nullus ob non ſeruatam ſolennitatem: is qui cum minore contraxit, ſi vult petere precium, ipſi minori numeratum, probare debet pretium illud fuiſſe verſum in vtilitatem minoris; ſicq́; illum ex eo contractu fuiſſe effectum locupletẽ: cum hoc ſit huius aſſerentis fundamentũ: cum vero contractus tenet, & minor petit illum reſcindi tanquã læſus, ipſe minor probare debet, ſe non eſſe effectum ex eo contractu locupletem, cum hoc ſit ſuæ intentionis fundamentũ. *Præſumpt. lib. 6. c. 27. nu. 10.* Confirmat inprimis ſententiam noſtram quod pupillus in dubio locupletior factus præſumatur *l. 47. §. 1. ff. de ſolut.* adeoque pro aduerſario contra minorem militet præſumptio, quę in minorem onus probandi coniiciat.

Nec ad rem quicquam faciunt, quæ pro cõtraria opinione ſunt adducta: nam hoc ſolum probant, quod precium recipiat emptor aduerſus quem reſtitutus eſt minor, ſi precium in rem minoris fuerit verſum, & id factum fuerit probatum.

A quo autem probari hoc debeat, non explicatur in adductis textibus; nec vlla lex eſt aut principis conſtitutio, quæ in præſenti caſu noſtro onus probandi imponat aduerſario minoris, eodemq; minorem releuet.

Qu. 64. *An ſufficiat aduerſariũ probaſſe quod precium & fructus ad minorem peruenerint?*

Sed præſuppoſita diſſentientium opinione, quod is, aduerſus quem reſtitutus eſt minor, probare cogatur, fructus vel precium eſſe in vtilitaté minoris verſos, quæritur porrò vtrum ſufficit conſtare quod ad pupillum ſeu minoré peruenerit: an vero & hoc conſtare debeat in vſum ipſius erogatum eſſe?

Videtur autem dicendum, quod ſuffi ciat probari, quod ad minorem peruenerit, etſi non probetur, quod in vſum eius erogatum ſit.

1. Quia nemo prẹſumitur iactaſſe ſuum ac male collocaſſe aut perdidiſſe *l. cum de indebito princ. Digeſt. de probat.* Proinde etſi conſumpſerit pupillus fructus vel precium, quæ ad eum peruenerunt, non tamen male conſumpſiſſe, perdidiſſe aut iactaſſe præſumitur, ſed ita potius collocaſſe, vt exinde locupletior redditus fuerit.

2. Accedit quod in dubio præſumitur quiſque locupletatus *l. ſi defunctus C. arbit. tutel. l. 47. § 1. ff. de ſolut.*

Non elidit haſce rationes, quod reſpondet Menochius *6 præſumpt. 27. num. 9.* iam ante conſtare de conſumptione, qui igitur velit dicere minorem effectum eſſe locupletiorem ex ea conſumptione, eum probare debere conſumptam rem conuerſam fuiſſe in vſus neceſſarios, alioqui non poſſe dici illum factum eſſe locupletiorem.

Etenim de conſumptione quidem cõſtat, eaq; præſupponitur, ſed de mala conſumptione non conſtat: hanc autem non præſumi iam oſtenſum fuit, proinde ea probari debet, a quo allegatur.

Multo minus ad rem facit, quod Fachineus reſpondet præſumptionem illam, quod nemo ſuum iactarit, huc accõmodari non poſſe, quoniam lex probationẽ hic deſideret, nec contenta ſit præſumptione.

Nam manifeſtiſſime petitur principium, cùm hoc ſolum in quæſtione ſit.

3. Confirmat inſuper hanc opinionem *l. 24. §. reſtitutio. ff. de minorib. & l. 1. C. de reputat* vbi dicitur, quod minor reſtitutus debeat reſtituere pecuniam, quæ ad eum peruenit, niſi quis ſciens eum conſumpturum dederit.

Et quanquam Fachineus reſpondeat hoc ita eſſe accipiendum, ſi ex eo factus ſit locupletior, non tamen hoc nervũ argumenti huius infringit quicquam; quãdoquidem & nos vltro largimur, ſic demum reſtituendos eſſe fructus & preciũ à minore reſtituto, ſi exinde ſit factus locupletior: verum quia generaliter ac pro regula traditur, quod minor ad precii & fructuum reſtitutionem teneatur, ideo exinde colligitur, quod minor, ad quem precium vel fructus perueniſſe conſtat, regulariter locupletior factus cenſeatur, vsque dum ab ipſo minore contrarium fuerit probatum.

Non obſtat primo *l. in pupillo ff. de ſolut.* vbi Marcellus ait, tum demũ locupletiorem aliqué eſſe factum, cum res conſumpta fuit in vſus neceſſarios verſa.

Reſp. Nam malè exinde infertur, quod non ſufficiat dicere rem eſſe conſumptã, ſed probari debeat vtiliter eſſe conſumptam: etenim locupletior effectus quiſq; cenſetur, quando conſumpta res in vſus neceſſarios conuerſa eſt: ſed conuerſam eſſe in vſus neceſſarios non debet probari, ſed prẹſumitur in vſus neceſſarios conuerſa, vt ſupra oſtenſum.

Sic et-

Digitized by Google

Sic etiam nihil quicquam ad rem facit, quod in *l. vtrum. ff. de pet. hered.* dicitur, verbum perueniſſe accipiendũ eſſe cum effectu, ſcilicet ſi bonæ fidei poſſeſſor ex eo factus ſit locupletior.

Ex hoc enim id ſolum colligitur, quod propriè perueniſſe dicatur id, ex quo quis locupletior eſt redditus: vtrum autem locupletiorem aliquem factum eſſe præſumi, an probari debeat, quod ſolum nunc in quæſtione eſt, ibidem non expeditur: impertinenter proinde & extra oleas, quod dici ſolet, *d. l. vtrum.* adducitur.

Eiuſdem valoris eſt & hæc ratio, quod in *l. prædiorum. & l. ſi prædium Cod. de prædiis min.* dicitur, minorẽ pro ea duntaxat parte conueniri poſſe, quam in facultates ſuas erogatam eſſe conſtiterit.

Reſpond. Non enim explicant Impp. vtrum ex probatione aduerſarii, an vero ex præſumptione conſtare debeat de erogatis in vtilitatem minoris: proinde id ex aliis legibus eſſe petendum, non obſtant inſuper *leg. 1. & 2. Codic. ſi aduerſus credit. in verb. Nec doceri potuiſſe ex eo contractu locupletiorem eſſe factum.* Item: *Nec ea in rem tuam verſa eſt.*

Rectè enim poſt Menochium reſpondet Duarenus: Regulare eſſe, quod minori contendenti rem non eſſe v... iam in ſuam vtilitatem, ſeq; non eſſe factum locupletiorem, incumbat huius probatio *l. minoribus Cod de in integrum reſtitut. leg. nam poſtea. §. minor. Digeſt de iureiur.* ſed excipiendum eſſe mutuum: nam quoties aduerſus mutuum petitur reſtitutio, onus probandi ſemper incumbere aduerſario, minorem eſſe factum locupletiorem ex pecunia numerata. Quod ait vtilitatis & æquitatis gratia cõnſtitutum eſſe propter fraudẽ, quæ interuenerat in mutuo, cum multis documentis eſſet expertum, damnoſum eſſe, minori credere pecuniam. Vt ita exceptio regulam confirmet in caſibus non exceptis.

Pari modo non obſtat *l. patri §. item ex diuerſo ff. de minorib. in verb.* iuuenis autem eatenus ex precio reddere, quatenus ex eo factus eſt locupletior.

Reſp. Nemo quippe eſt, qui inficietur de precio non aliter teneri minorem, reſtitutum, quam quatenus locupletior ſit factus: vnde vero colligatur locupletior factus, vtrum ex præſumptione, an vero ex probatione aduerſarii, quæritur? Non igitur hic quæſtio eſt, vtrum eatenus ſaltem teneatur, quatenus factus eſt locupletior, ſed vnde ipſum locupletiorem factum eſſe conſtet? Hoc proinde vult textus adductus, quod ſi minor probarit partem quandam precii in vſum ſuum cõuerſam non fuiſſe, nec inde ſe locupletiorem factum, quod hactenus non teneatur; ſed quoad reliquam duntaxat precii partem, quam male locatam aut ſibi intercidiſſe minor non probarit, quoniam hactenus locupletior cenſeatur.

Non refragatur poſtremo *lex fine. §. interpoſito. Digeſt. de adminiſtrat. tutor. in verb. quaro cum ex hac venditione melior factus non ſit, neque in rem ſuam quicquam verſum probetur, precium emptori reſtituere non debeat?*

Hæc lex requirit probationem in rem verſam non eſſe pecuniam, quia alioquin precium emptori reſtituendum non ſit: atqui ſi ex eo, ꝙ pecunia ad aliquem peruenit præſumeretur locupletior factus, non eſſet opus, vt illud à lege requireretur, nempe ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eum factum eſſe locupletiorem, ſed dicendum eſſet, eum teneri, niſi probaret ſe conſumpſiſſe: ſolet enim iuris præſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget *l. non eſt veriſimile. Dig. de eo, quod met. cauſa.*

Reſpond. Non, inquam, hic textus ſententiæ noſtræ obſtat, quoniam expreſſe de eo caſu loquitur, quo non ſolum aduerſarius minoris non probavit aliquid verſum eſſe in vtilitatem, ſed quo etiam

Digitized by Google

ex contractu venditionis melior & locupletior factus non fuit, idque ex probatione ipſius minoris conſtat: vult itaque adductus textus quod precium non ſit reſtituendum à minore, ſi ipſe demonſtrarit locupletiorem ſe ex eo non eſſe effectum, nec contrarium fuerit ab emptore probatum: non igitur de eo caſu loquitur textus, quo probatum non fuerit locupletiorem pupillum eſſe factum, ſed quo neq; melior factus eſt minor (quod ipſi minori probandum incumbit) neque etiam probarit emptor, precium in rem & vtilitatem minoris eſſe verſum.

Illud quoq; controuerſum eſt, vtrum minor poſſit tranſigere cum authoritate tutoris ſine decreto iudicis, ſed de eo dictum ſupra in *diſput. 7. th. 2 in fine.*

Quę. 65. *An minor pacē à ſe factā violās in pœnam pro- [...] ſam [...] minit?* Quid autem ſi tranſegerit minor, pacemq; fecerit cum aduerſario ad pœnam curatore, authore adiecerit, ſi contra trāſactionem venerit, anne pœna promiſſa committatur, ſi pacem minor violauerit, nec poſſit reſtitui in integrum, elegantis eſt quæſtionis. Communis eſt opinio, teſte Farinaceo in loco ab authore citato, quod non committatur; aut ſi committatur, reſtitutio tamen in integrum peti eo nomine poſſit: fundamenta vero huius ſunt iſta.

1. Quicquid lædit pupillum eiq; damnoſum eſſe poteſt, id ſi tutoris autoritate aut curatoris conſenſu geſtum, aut promiſſum eſt, reſcinditur per in integrū reſtitutionem *tot. tit. Codic. ſi tutor vel curator.*

Atqui pœnalis obligatio & promiſſio eſt minori damnoſa: proinde aduerſus eam, ſi commiſſa fuerit in integrum reſtitutio dabitur.

2. Idem probare videtur *l. 34. § 1. ff. de minoribus.* vbi Paulus, *minores,* ait, *ſi in indicem compromiſerint, & tutore auctore ſtipulati ſint; integri reſtitutionem aduerſus talem obligationem non deſiderant.*

Ecce hîc expreſſe dicitur, quod detur reſtitutio in integrum aduerſus pœnam quoq; conuentionalem, tranſactioni ſeu pacificationi adiectam.

Contrariam opinionem ſequuntur Farinaceus & Fachineus, quia ſi pœna adiecta ex parte minoris non valeret, aut daretur aduerſus eam reſtitutio in integrum, ſequeretur inter contrahentes ac paciſcentes maxima inæqualitas: cum aduerſarius minoris rumpendo pacem, teneretur ad pœnam conuentionalem, minor autem non; quod maxime videtur abſurdum, præſertim in eo qui poſtquam factus eſt maior & reperitur completæ ætatis, rumpit pacem celebratam, & tamen inter contrahentes æqualitatem ſemper ſeruandam omnia iura declarant.

Non obſtat, quod primo dicebatur pœnæ adiectionem in propoſito eſſe minori damnoſam, & ideo contra eam in integrum reſtitutionem eſſe cōcedendam.

Reſpond. Nam vſque adeo detrimentoſa non eſt pœnæ adiectio minori, vt per eam magis conſulatur & ſaluti & honori & patrimonio ipſius: ſiquidem metu huius pœnæ aduerſarius ab iniuriis, minori inferendis, arcebitur: prouidere igitur, vt pax cum minore facta nec per minorem nec per aduerſariū ita facile rumpatur, maxime ipſi minori vtile eſſe, negari non poteſt: ſi enim contingat, vt aduerſarius ei pacem rumpat, ſalus vitæ minoris aut ſane bonorum in diſcrimine verſabitur.

Et ſane ſi pacificatio facta & tranſactio inita non eſt detrimentoſa minori, pœna quoque adiecta, quæ talem pacem confirmat ipſi detrimentoſa non erit: quod ſi autem pax damnoſa eſt minori, etiam pœnâ adiectâ, nondum commiſſa, reſtitui poterit: nec hic reſtitutio locum habebit, cum leges errantibus non autem decipientibus minoribus ſubueniant *leg. 2. Codic. ſi minor ſe maiorem dixerit.* Nec in delictis ſuccurritur ætati *l. 37. ff. de minoribus.*

Nec

Nec obſtat ſecundum: nam ad *l. 34. §. 1. Digeſt. de minorib.* reſpondet cum Gloſſa Fachineus: non idcirco minorem ibi lædi & reſtitui, quia tutoris authoritate pœnam fuerit ſtipulatus; ſed quia compromiſſum aufert minori appellandi beneficium & actionem de euictione: vt ita per compromiſſum lædatur minor, non per ſtipulationem pœnæ.

Qu. 66. An reſtitutio minorum competat aduerſus tertium?

Quæritur porro an reſtitutio in integrum, minoribus conceſſa, contra tertium poſſeſſorem rei, à quo læſio non contigit, competat? Verbi cauſa aliquis à minore emerat fundum, eumque in emptione circumſcripſerat, hunc eundem fundum rurſus vendidit alii: hic quæſtio eſt, vtrum minori læſo aduerſus tertium iſtum fundi poſſeſſorem competat in integrum reſtitutio?

Et quod non competat reſtitutio in integrum aduerſus tertium poſſeſſorem, probat hæc ratio, quod minor cum tertio iſto poſſeſſore nunquam contraxerit, nec quicquam egerit, neque etiam viceuerſa poſſeſſor cum minore.

2. Quia regula eſt, quod detur in ingrum reſtitutio aduerſus eos, à quibus læſi fuerunt minores 25. annis *l. 13. princ. ff. de minor.*

3. Et quia Iuriſconſultus *in ead. l. 13. §. 1.* ſubiicit, reſtitutionem in integrum dari INTERDVM aduerſus poſſeſſorem rei; ſatis innuit regulariter dari aduerſus eos duntaxat, qui cum minore quid egerunt aut contraxerunt.

Pro contraria ſententia, quod reſtitutio detur etiam aduerſus tertium rei poſſeſſorem, his rationibus pugnare nituntur interpretes iuris noſtri.

1. Quia alienatio fieri non poteſt niſi cum ſua cauſa *l. alienatio 67. ff. de contrahent. empt.* proinde res alienata, quæ penes primum emptorem fuit in ea cauſa, vt per in integrum reſtitutionem redhiberi quandocunque poſſet, non potuit in ſecundum emptorem alienari, niſi eadem lege & conditione vt reſtitutionis periculo maneret obnoxia.

2. In *l. Minor. ff. de euict.* caſus talis proponitur: Minor 25. annis fundum Titio vendidit: Titius demum Seio: ſi tandem minor ſe circumſcriptum agnouerit, poterit, ſi volet aduerſus alterum ex his cognitionem impetrare, vt hoc caſu vtilem de euictione actionem in totum decernendam Iuriſconſultus ſanxerit. E quibus colligitur reſtitutionis beneficium vtrumque poſſeſſorem comitari.

3. Quando reſcinditur emptio venditio, cum minore celebrata, reſtituitur minori prior actio in rem, quæ antea ipſi, tanquam domino, competiit: at hæc in quemuis poſſeſſorem rei competit, §. 1. *I. de act. leg. qui petitorio. Digeſt. de Rer. vindicat:* proinde vel hinc apparet reſtitutionem in integrum dari contra tertium poſſeſſorem, quamuis cum eo nihil ſit contractum.

4. Quoties reſoluitur ius datoris, toties reſoluitur ius acceptoris *l. lex vectigali. ff. de pignorib.* Atqui cum reſtituitur minor aduerſus primum emptorem, reſoluitur ius eius, igitur reſoluitur etiam illius ſecundi emptoris, qui rem à primo emptore accepit.

Ego, ſalua aliorum ſententia, ita ſtatuendum exiſtimo: regulariter non dari in integrum reſtitutionem minorum aduerſus tertium poſſeſſorem; ſed quibuſdam duntaxat caſibus per *l. 13. §. fin. Digeſt. de in integr. reſtit. minor.* vbi ita Vlpianus: *interdum autem reſtitutio & in rem datur minori, id eſt, aduerſus rei poſſeſſorem, licet cum eo non ſit contractum: vt puta, rem à minore emiſti & alij vendidiſti, poteſt deſiderare INTERDVM aduerſus poſſeſſorem reſtitui, ne rem ſuam perdat; vel re ſua careat & hoc vel cognitione prætoria, vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio: Pomponius quoque lib. 28. ſcribit, Labeonem exiſtimaſſe ſi minor vigintique annis fundum vendidit & tradidit, ſi*

iſtud idcirco incertum eſt, quia eſt id, quod intereſt, cuius æſtimatio incerta eſt.

Nec quicquam mouent Antonii Fabri argumenta: non ſane primum, quia etſi edicto prætoris pœna actionis, quod metus cauſa ſit quadruplum: tamen iſtud quadruplum eſt ſimpli iſtius quadruplum, quod iureiurando actoris definitum eſt: prius autem ſimplum definiendum eſt, quam quadruplum ſimpli iſtius conſtituatur: At ſimplum hoc quoniam incertum eſt, nec edicto prætoris determinatum, definitur ac determinatur iureiurando actoris, vt Paulus oſtendit *in d. l. 18.* Nec obſtat quod dicitur quadruplari id quanti res eſt *d. leg. 14. §. 7. Digeſt. quod met. cauſ.* Id enim ex *d. leg. 18. Digeſt. de dolo.* ſic omnino accipiendum eſt; quanti res eſt ex iureiurando actoris; ſeu quanti res eſt ex iureiurando actoris æſtimata. Nec etiam impedit, quod omne, quod actione, quod metus cauſa reſtituitur, quadupletur *d. leg. 14. §. 1.* Atque ſic etiam fructus, qui tamen, cum petantur ſolum tanquam debiti, non etiam tanquam noſtri, non æſtimentur per iuſiurandum in litem.

Nam omne quod reſtituitur, id quadrupletur, adeoque fructus etiam, ſed exinde non ſequitur, quod id, quod quadruplatur, pariter etiam per iuſiurandum in litem æſtimetur. Quadruplatur res ipſa reſtituenda, prius iureiurando in litem æſtimata: quadruplantur fructus, ſed æſtimari officio iudicis. Sic igitur, quoad actionem quod metus cauſa, ſeſe res habet; is qui rem metu extortam detinet, iubetur primo illam priori ſuo domino reſtituere: ſi reſtituit, bene ſeſe res habet: ſin minus, permittitur actori aduerſus ipſum iureiurando rem ſuam æſtimare, cuius rei ſic æſtimatæ quadruplum poſt præſtare compellatur, qui arbitrio iudicis non paruit.

Quamuis non ignorem Hugonem Donellum 15. *comm.* 38. diſtinguere, vt intra annum quadrupletur ſimplum, quanti res eſt, quæ reſtitui debet, hoc eſt, quanti vere eſt, & quanti intereſt actoris metum non pati: at cum poſt annum ad ſimplum ventum eſt, in quo id agitur, vt quod per metum amiſſum eſt, reſtituatur, niſi id arbitrio iudicis reſtituitur, ſequatur quidem condemnatio quanti ea res eſt; ſed quanti ea eſt iureiurando actoris æſtimata: atque ſic accipit. *L. 18. ff. de dolo.*

Quæ tamen diſtinctio propterea non videtur admittenda, quod textus *d. leg.* 18. generalis ſit & indiſtincte velit ſimplum æſtimari arbitrio actoris per iuſiurandum in litem: nec etiam vllus textus extet, qui hanc Donelli diſtinctionem confirmet. Quibus & illud accedit; quod quæ ratio ſuadet rem, quæ non reſtituitur ei cui erat metu extorta, poſt annum iureiurando in litem æſtimari, eadem quoque idem fieri intra annum omnino compellat.

Quod porro Antonius Faber ait actionem doli ſaltem de eo competere, quanti res vere eſt; ſeu quanti reuera intereſt actoris, id aperte à Paulo negatur: & quod ille *in princ. d. leg. 18.* dicit, ſi res non reſtituatur condemnari reum quanti res eſt, id, ipſomet Paulo interprete *in verſicul.* ſtatim ſubiecto ſic accipiendum eſt, vti ſupra illud intelligendum dixi, nempe quanti res eſt ex iureiurando in litem actoris, ſeu quanti res iureiurando actoris æſtimata eſt. Poſtremo etſi edicto de dolo & edicto, quod metus cauſa nil de iureiurando in litem reperiatur cautum: id tamen ex ſententia edicti admittendum eſſe, interpres eſt ipſe Paulus *in d. leg. 18.* qui, vt inſcriptio eius legis arguit, edictum de dolo & metu interpretatus eſt *lib.* 11. quem ad edictum perpetuum ſcripſit.

Non

Non aduerſatur ſententiæ noſtræ ſecundum Antonii Fabri argumentum, quoniam *in d. leg. quint. Digeſt. de in lit. iur.* Iuriſconſultus Marcianus reliquas in perſonam actiones ſimiles iſtis, quas ibidem recenſuit, minime excludere voluit: alioquin ſi hoc ipſi propoſitum fuiſſet, nec in actione rerum amotarum quæ & ipſa in perſonam eſt, iuraretur in litem, contra quam dicitur *in leg. 8. & 9. Digeſt. rer. amot.*

Nec etiam in Fauiana & Caluiſiana, quæ & ipſæ in perſonam ſunt, *leg. prim. §. hæc actio. Digeſt. ſi quid in fraud. patroni*: nec tamen bonæ fidei ſunt §. *28. l. de act.* in litem iurari poſſet, cum tamen contrarium aſſerat Iuriſconſultus *in l. Tenetur. ff. d. tit.* Quapropter à ſimilibus etiam hic procedendum eſt ad ſimilia, & vbi eadem ratio eſt, ibi ius idem conſtituendum eſt *leg. duodecim. cum ſequenti. Digeſt. de legibus.*

Non obſtat tertium argumentum: nam etſi alienatio, dolo aut vi extorta, dominium transferat ſtricto iure: humanitate tamen & æquitate inſpecta, quæ iusiurandum in litem ſuſtinet *leg. octau. Digeſt. hoc titul. & leg. 9. Digeſt. rer. amot.* ſecus eſt, maxime cum reſtitutionis in integrū beneficium, quod ad infirmandam alienationem iſtam competit, ſemper in parato habeat læſus, & ideo rationem iuriſiurandi in litem in hiſce actionibus deficere, dicendum non eſt; atque hanc ſolutionem meam egregie confirmat exemplum actionis Fauianæ & Caluiſianæ, quas & ipſas actiones competere de rebus alienatis in fraudem creditorum, aut patronorum, quas res alienatio in accipientes tranſtulerit, expeditum eſt. Et tamen in illis actionibus, non obſtante alienatione iſta, in litem iurari liquido conſtat ex *leg. Tenetur, Digeſt. de his, quæ in fraud. patroni.*

Atque ita quoque quarto & poſtremo argumento ſatisfieri puto.

RESOLVTIO THESIS Septimæ.

TERTIA cauſa, ex qua datur in integrum reſtitutio, & ætas minorennis. *Lit. A.* Minoribus enim 25. annis prætor in integrum reſtitutionem pollicetur, ſi indicii imbecillitate lapſi prohibentur. Minoribus, inquam, 25. annis, adeo vt extremus dies 25. & hora eius vltima à momento in momentum computetur ac reſtitutioni locum faciat.

Quamuis enim alias dies anni vltimi poſtremus cœptus pro completo habeatur *l. octau. Digeſt. de muneribus & honoribus leg. 74. §. Fabius. Digeſt. ad SC. Trebell.* Hoc tamen in loco res ſecus ſeſe habet *leg. tert. §. minorem tert. Digeſt. de minorib. l. fin. Cod. de temporib. in integrum.* Et ratio hæc eſt, quod in edicto prætoris non ſimpliciter dicatur, quod cum minore 25. annis geſtum eſt: ſed quod cum minore 25. annis NATV geſtum eſt: hoc autem verbum *natus*, ſiue *natiuitas* ſignificat momentum naſcendi: accedit etiam fauor minoris, qui ſuadet extendi potius, quam reſtringi tempora minorennitatis propter beneficium reſtitutionis, quod ætati huic tributum eſt. Sed de hac quæſtione vide quæ dicta ſunt ſupra *diſput. 8. theſ. 1. Lit. E. in fine.* vbi quoque notatum iure Saxonico ætatem minorennem finiri & terminari anno vigeſimo primo completo.

Sic autem prætor minoribus facilitate inconſulta ætatis lapſis ac circumuentis ſuccurrit, vt eos meo officio in priſtinum ſtatum reponat: ſciendum etenim eſt prætorem, ſeu magiſtratum non conſueuiſſe de cauſis ordinarie cognoſcere, *Lit. B.* *Lit. C.*

Google

ſed iudicem dare qui cognoſcat: quinimo nequidem potuiſſe *leg. ſecund. Codic. de pedaneis iudic.* Sed ſolitum fuiſſe litigantibus conſtituere iudicem qui cognoſceret & iudicaret. Exceptis paucis quibuſdam cauſis, maxime arduis, de quibus prætor ipſe cognoſcebat, nec iudicem dare ſolebat: hinc animaduertere licet, prætores in ſuis edictis plerumque polliceri, *ſe iudicem daturum.* Raro *ſe iudicaturum vel animaduerſurum.* Ex harum tamen cauſarum, in quibus magiſtratus ipſe iudicat & cognitionem ſuſcipit, numero eſt quoque reſtitutio in integrum minorum, de qua in præſentiarum quæſtio & ſermo nobis eſt: in hac ſiquidem prætor ſe animaduerſurum pollicetur *leg. prim. Digeſt. de minoribus.* cuius hæc ſunt verba: *Prætor edicit, quod cum minore quam viginti quinque annis natu geſtum eſſe dicetur, vti quaque res erit animaduerte.*

Ac prætoriæ cognitionis expreſſa fit mentio *in leg. 13. §. Interdum Digeſt. de minoribus.*

Lit. D. Non diſtinguit prætor ſintne patresfam. an filiifam. Maſculi an fœminæ: omnibus ſiquidem ſuccurrit modo minores ſint & iudicii facilitate ac imbecillitate lapſi.

Cæterum qui ex capite minorennis ætatis reſtitutionem in integrum petit, is probare tenetur, ſe adhuc minorem 25. annis, iudicii imbecillitate lapſum eſſe.

Ætatis minorennis probationem difficilimam eſſe, ſcribit poſt Bartolum *in l. de ætate, numero ſeptimo. Digeſt. de minoribus.* Pariſium *conſil 10. numer. 58.* Iacobus Menochius *lib. 2. arbitr. iudic. quæſtion. caſu 116.* Cum clam & in occulto parere ſoleant mulieres, teſte eodem Menochio *lib. 2. præſumpt. 51.*

Hanc vero ætatem neceſſario probandam eſſe, priuſquam reſtitutio concedatur ſcribit Marcellus Iuriſconſultus *in l. 43. Digeſt. de minorib. De ætate,* inquiens, *eius, qui ſe minorem annis viginti quinque dicit, cauſa cognita probandum eſt, quia per eam probationem in integrum reſtitutioni eiuſdem adoleſcentis & aliis cauſis præiudicatur.*

A quo autem probari debeat ætas, non æque conſtare video: verior tamen, æquior & melior eſt ſententia eorum, qui probationem ætatis ei incumbere aiunt, qui in ea ſeſe fundat & propter illam reſtitui poſtulat. Qu. 56. *Quis ætatem minorennem probare debeat?*

1. Primo facit pro hac ſententia communis regula iuris, quod actori, itemque ei, qui dicit & affirmat onus probationis incumbat *l. Actor. Codic. de probat. leg. 2. Digeſt. eod. tit.* In propoſito autem minor, reſtitui cupiens, eſt actor, ſeque in ætate fundat minoremque ſeſe eſſe affirmat: proinde ætatis minorennis probatio ipſi iure incumbit.

2. Confirmat inſuper hanc ſententiam *l. Cum te 9. Codic. de probat.* vbi Imper. *cum te minorem quinque & viginti annis eſſe proponas, adire præſidem prouinciæ debes, & de ea ætate probare.* Eum itaque qui minorem ætatem allegat, probare eam oportet.

3. Idemque relucet quoque ex *leg 4. Codic. de reſtitut.* in verbis: *Si minorem te quinque & viginti annis fuiſſe, cum contraheres, oſtenderis.*

4. Inſuper probat id ipſum vulgaris Dd. theorica, quod is, qui certum tempus adducit, illud probare debeat *l. Eum actum. princ. Digeſt. de negot. geſt. l. Eum. §. publiciana ff. de public. in rem act. l. Matrem C. de probat.*

5. Præterea, qui deducit aliquod incertum, probare debet *l. ſpadonum §. ſolutus Digeſt. de excuſat. tutor.* Atqui ætas eſt quid incertum, cum quotidie fugiat, quotidie mutetur *l. proponebatur. Digeſt. de iudic.* Proinde ætas minorennis probanda eſt

eſt ab eo, qui ſe in integrum ob eam ætatem reſtitui poſtulat.

6. Denique pro actu, qui habet debitā formam, ſemper præſumitur *d. l. ab ea parte. ff. de probat.* qui igitur vult imputare actum, dicitur habere præſumptionem contra ſe, & ob id grauatur onere probationis, iuxta *l. generaliter §. ſi pretium in fin. ff. de fideicomm. libert.*

Quocirca minor, per in integrum reſtitutionem impugnaturus contractum, aut aliquem alium actum à ſe geſtum, probare tenetur ætatem minorennem.

Et hæc opinio communis eſt, teſte Menoch. *de præſumpt. lib. 2. præſ. 50.* eamque præiudiciis confirmarunt Bononienſes, eandemque comprobant Donellus, & Gilckenius ad *l. 9. Codic. de probat.* Menochius *d. loco.*

Non obſtat primo fauor ætatis minorennis, cui tribuitur reſtitutio, quæ que ſuadere videtur, vt is qui vult reſtitui probandi onere ſubleuetur & exoneretur.

Reſpond. Quoniam hactenus beneficia tribui ſolent, ne aliis fiat iniuria *leg. 4. Codic. de emancipat. lib.* At non carceret parua iniuria, ſi is, qui dicit, reiciat onus probandi in aduerſarium *l. Actor. Codic. de probat.*

Sic etiam non obſtat *l. 4. Codic. de reſtit. in integrum.* vbi traditur ex iure certo, eum qui petit ſe in integrum reſtitui, aduerſus id, quod minor geſſit, non habere neceſſe probare, ſe minorem eſſe cum petit reſtitutionem, ſed ſatis eſſe, ſi probet, ſe tunc minorem fuiſſe cum contrahebatur.

Reſpond. Nam, vt ſupra hanc conſtitutionem induximus, probat potius noſtram ſententiam, quod ſcilicet reſtitui poſtulans probare ætatem debeat; hoc igitur ſaltem vult hæc *l. 4.* quod qui reſtitutionem petit, non teneatur probare, ſe minorem eſſe, nunc cum reſtitui poſtulat, ſed ſe fuiſſe minorem cum contraxit, idque ideo, quia non neceſſe habet amplius intendere, quam ſe fuiſſe tempore contractus minorem.

Et hæc ita cum de in integrum reſtitutione ex capite ætatis minorennis concedenda quæritur. Aliis vero in actibus, in quibus ætas allegatur, à quo ætatis probatio fieri debeat per diſtinctionem explicant Menochius *d. præſumpt. 50.* & Gilckenius ad *d. l. 9.* vbi vide.

At quomodo probanda ſit ætas porro quæritur? Et quia probatio ipſius, vt prius dictum, perquam difficilis eſt, idcirco ad eam probandam admittuntur probationes alias impotentes Menoch. *dd. loc.* *Lit. F. Qu. 57. Quomodo ſit probanda ætas?*

Hinc Autor noſter ſtatuit in ætate minorennī probanda ſtari aſſertioni parentum. Et ita quoque Menoch. *d. caſu 116.* Mauritius *de in integr. reſtitut. capit. 317.* Bartol. ad *l. etiam Digeſt. de probation.* Idque ſtabiliri opinantur *l. 16. Digeſt. de probat.* vbi Terentius Clemens; etiam matris, inquit, profeſſio filiorum recipitur: ſed & aui recipienda eſt.

Et in *l. 1. Codic. ſi minor ſe maior. dix.* Itidem talis profeſſio parentum de liberorum ætate pro iuſta ac legitima probatione admittitur.

Cæterum quo minus huic ſententiæ Autoris ſubſcribam, facit quod nulla in cauſa probatio ſuſpecta admitti debeat: atqui parentum teſtimonium in cauſa liberorum eſt ſuſpectum §. 9. *& ſeq. I. de teſtam.* propter affectionem, qua liberos ſuos proſequuntur, & propter arctiſſimum neceſſitudinis vinculum, quo liberis copulantur parentes. Vnde etiam *in l. parentes 6. Codic. de teſtib.* parentum teſtimonium in cauſa liberorum ſimpliciter improbatur. Et *l. teſtes. Digeſt. de teſt b.* Teſtis idoneus pater filio aut filius patri non eſt.

Et quanquam Iohannes Mauritius ad haſce leges reſpōdeat, fauore ſpeciali minoris ętatis receptū eſſe vt ad eius ꝓbationē admittatꝰ parētes. Eius aūt ſpecialitatis

rationem eſſe, quia præſumantur parentes ex mente & intentione legis perfectius, imo verius ætatem noſſe quam alii *argum. leg. de tutela. Codic. de reſtitut. in integrum*.

Sed tamen hæc reſponſio neruum argumenti propoſiti non infringit, quandoquidé præſumptio iſta legis non, vt oportebat, probatur; & quanquam fortaſſis parentibus de veritate in propoſito melius conſtare poſſit, quam aliis, periculum tamen ſubeſt, ne in gratiam liberorum veritatem occultent, ac falſum deponant teſtimonium, quo pars aduerſa non parum grauatur. Quod ſane eo magis hac in cauſa præcauendum, cum ſit præiudicialis, atque aliis cauſis & quæſtionibus præiudicium faciat.

Nec obſtant textus paulo ſupra adducti; loquuntur enim non de quavis parentum aſſertione, ſed de parentum profeſſionibus: etenim ſic conſtitutum moribusque apud populum Romanum erat receptum, vt qua die filius naſcebatur ab ea parentes intra 30. dies apud acta profiteri neceſſum haberent, quo ſimul de ſtatu illorum & de ætate conſtare poſſet. Huiuſmodi igitur profeſſio & publica aſſertio parentum de ætate liberorum admittitur ad ætatem probandam, quia has profeſſiones, ab omni ſuſpicione falſi vindicat tempus, quo eduntur, nam quo tempore parentes liberos ſibi natos apud acta profitentur, nondum vlla lis eſt cum liberis, nec ſciunt parentes vtrum hæc profeſſio liberis nocitura ſit, an profutura, & ſi profutura, quibus in cauſis & quando profutura ſit: vt non poſſint dici parentes aliquod commodum inde captare liberis, aut reliquos velle lædere. Omni igitur ſuſpicione hinc remota, merito placuit his profeſſionibus fidem haberi, quod tandiu faciendum eſt, donec contrarium fuerit probatum.

Sunt qui exiſtiment depoſitionem matris de ætate liberorum magis indicium, quam efficacem probationem facere, ſic vt iudex ex eius depoſitione veritatem magis inueſtigare & inquirere valeat. Sed ne quidem iudicium vel præſumptionem ex matris hoc teſtimonio reſultare, ſed id plane non admittendum, verum vt ſuſpectum reiiciendum mihi perſuaſiſſimum habeo *arg. d. l. parentes Codic. de teſtibus & leg. Teſtis. Digeſt. eod. titul.*

De coniunctis idem iudicium eſto, ſi ſcilicet tales ſint, qui alias ad teſtimonium non admittantur: quoniam & horum teſtimonium ſuſpectum eſt, & ob id à teſtimonio dicendo generaliter remouentur.

Non obſtante eo, quod cum extranei admittantur, multo magis admittendi videantur cognati, conſanguinei & proximi, cum his melius poſſit de natiuitate & ætate conſtare, quam extraneis.

Reſpond. Etenim non hic ſpectatur, cui melius poſſit de rei veritate conſtare, ſed qui potius veritaté ſit dicturus ac depoſiturus: iam vero, etſi propinquis melius poſſit conſtare de veritate & natiuitate, quia tamen propter amorem & affectionem, qua proſequuntur ſuum conſanguineum ſuſpecti ſunt, & metuuntur in gratiam ſanguinei falſum depoſituri teſtimonium, idcirco remouentur à teſtimonio in cauſa conſanguinei. Quæ ratio cum in extraneis deficiat, idcirco extranei potius, quam conſanguinei ad ætatem probandam admitti debent.

Hinc itaque deciſio patet quæſtionis illius, quam mouet Author noſter, vtrum videlicet ſi coniuncti concurrant cum extraneis, illi his, an vero hi illis præferri debeant?

Siquidem conſanguineos non præferendos extraneis, ſed nec admittendos ad teſtimonium ex prædictis patet.

Quod

Quod ſi tamen coniuncti eius ſunt generis, vt aliis etiam in cauſis admittantur, nec ob ſanguinis coniunctionē à teſtimonio arceātur, ipſe verius exiſtimo propter rationem autoris, quia videl. ipſis rectius de ætate conſanguinei conſtare poteſt q̄ extraneis, in concurſu prædicto plus valere depoſitionem & teſtimonium ipſorum quam extraneorum.

Quam ſententiam niti præſumptione iuris & legis, ſcribit Mauritius, quoniam lex præſumit melius & efficacius à conſanguineo quam extraneo minoris ætatem & natiuitatis tempora ſciri.

Quod autem aliorū teſtimonio, veluti vicinorum & præſertim obſtetricum, earumq; mulierū, quæ parienti mulieri adfuerunt, quiq; è baptiſmate ſacro illum, de cuius ætate quæritur, ſuſceperunt, ætas probari poſſit dubium plane nullum eſt.

Litera G. Quæ. 58 *An libri parentū in quibus diem natiuitatis annotarūt, plene probent?*

Libris quoque, in quibus parentes deſcribunt & annotant liberorum natales probatur ætas, & quidem plene probatur. Mauritius *de reſtitut. in integr. c. 320.* Menochius *lib. 2. præſumpt.*

Fundamentum huius extat in *l. 2. §. 1. ff. de excuſat. tutor.* vbi Modeſtinus ſcribit; ætatem probari aut ex natiuitatis ſcriptura, aut aliis demonſtrationibus legitimis: per ſcripturam natiuitatis proculdubio intelligitur liber parentum, in quem natiuitatem liberorum annotarunt.

Nec obſtat ei, quod ſupra de teſtimonio parentum, ſuper ætate liberorum deponentium, dictum eſt, quod videlic. non valeat, nec vllam fidem vel authoritatem mereatur.

Siquidem, quæ res profeſſioni parentum fidem conciliat eamq; ab omni ſuſpicione liberat, ea quoque ſcripturæ huic parentum authoritatem impetrat: ſiquidem eo tempore, quo ſcriptura iſta natiuitas liberorum à parentibus annotatur, ſciri non poteſt, vtrum falſa ætatis annotatio aliquando profutura; an vero obfutura ſit liberis: Proinde quia tam nocere quam prodeſſe poteſt falſæ ætatis annotatio, idcirco non præſumuntur parentes contra veritatem id ſcripſiſſe, vt quos nulla alia ad id trahat affectio, quam vt quandoque poſſit eis eſſe ſolatio ſi in memoriam ætatem filiorum reduxerit. Diuerſa itaque ratio eſt teſtimonii ſiue aſſertionis parentis & librorum in quos ſuorum filiorum natiuitatem conſignarunt. hi enim comparantur profeſſioni parentum, non etiam teſtimonio, ſeu aſſertioni eorum.

Cæterum Iacobus Menochius *dict. præſumpt. 51. num. 10.* ſcripturam huiuſmodi parentum non plene, nec vere, ſed duntaxat præſumptiue probare natiuitatem liberorum ſtatuit: præſumptiue idcirco, quia veriſimile non ſit, quod pater mendacium ſcripſerit, quippe quod nulla tunc ſubfuerit cauſa, quæ impellere potuerit eum aliter ſcribere, quam ipſa eſſet veritas: plene autem idcirco non probare, quia cum iure cautum non ſit, tantum fidei eſſe illi ſcripturæ tribuendum. Et *dict. leg. 2. Digeſt. de excuſat. tutor.* interpretatur de publicis profeſſionum tabulis, in quas ſcilicet profeſſio parentum de ætate ſuorum liberorum relata fuerit apud acta.

Sed in memoriam ſibi reuocare debebat Menochius, quod *2. arbitrar. iud. quæſt. 116.* monuit, quia probatio natiuitatis difficilis admodum ſit probationis, idcirco ad eam probandam admitti probationes aliàs impotentes.

Litera H. Qu. 50. *An probet ætatē liber parochi?*

Probatur inſuper ætas libro paræciali in quem parochus referre ſolet nomina & cognomina eorum, qui ab eo bapiſma ſuſcipiunt; quod eſſe certiſſimum ætatis teſtimonium, ait Iohannes Mauritius *dict. tractat. cap. 321.* quandoquidem exinde nulla fraus reſultare poſſit, cum id hac præcipue intentione agant plebani, vt ſciant quos nam parochianos habeant, & vt incidenter de ætate eorum pateat: qui cum nihil vtilitatis aut commodi pecuniarii

quem inierunt, læſi fuerint & circumuenti, in integrum reſtituuntur; ita quoq; in integrum reſtituatur ciuitas vel Reſpubl. id quod textibus haud quaquam obſcuris confirmatur.

Nam in *leg penult. Cod. ex quib. cauſ. maior.* qua Dioclet. & Maximin. Impp. Priſciano ita reſcribunt: *Reſpublica, minorum iure vti ſolet, ideoq; auxilium reſtitutionis implorare poteſt.*

Idemque Alexander quoque Imp. in *l. penult. C. de iure Reipubl.* his verbis teſtatus eſt: Rempublicam, vt pupillam, extra ordinem iuuari moris eſt.

Quam ſententiam haud obſcure confirmauit etiam Macer Iuriſconſultus in *l. 9. ff. de appellat. Illud*, inquiens, *ſciendum eſt, neque pupillum neq; Rempubl. cum pro libertate iudicatur in integrũ reſtitui poſſe, ſed appellationem eſſe neceſſariam; idq; ita reſcriptum eſt.*

Ex hiſce verbis colligimus, ſingulariter in fauorem libertatis, contra regulas iuris communis Reipublicæ in integrum reſtitutionem denegari: atqui ius ſingulare, in vno conſtitutum, arguit regulam eſſe in cæteris in contrarium, & exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis: quocirca Reipublicæ aliis ex cauſis, quam libertatis in integrum reſtitutio competit. Quod tanto magis procedit, quod minor viginti quinque annis in *dict. leg. 9.* expreſſe cum minore confertur, at minor regulariter habet in integrum reſtitutionem *tot. tit. C. de in integrum reſtitutione minor.* aduerſus ſolam libertatem non reſtituitur *tot. titul. C. ſi aduerſ. vendit.* Ergo & Reſpubl. ſic non reſtituetur aduerſus libertatem in *d. l. 9.* vt in cæteris cauſis regulariter reſtitutionis beneficio gaudeat.

Et quanq̃ ſint, qui textus hactenus adductus ſic eludere conentur, vt dicãt, eos nominatim, expreſſe atq; in ſpecie de *Republ.* eſſe conceptos: aliud autem Rempublicam eſſe, aliud ciuitatem *argum. l. bona. & leg. eum qui Digeſt. de verbor. ſignificat.*

Quo minus tamen hæc exceptio admittatur, facit quod vſitate in iure reſpon. pro ciuitate dicatur, è multis hi loci ſufficiant *leg 3. Digeſt. quod cuiuſq; vniuerſitatis. l. 3. § plane. leg. 5. §. item ait. Digeſt. quod vi aut clam. leg. Titia Digeſt. ad municipalem. l vltim. Codic. de iure Reipublicæ. leg. 11. Cod. de deb. ciuitat. leg. 1. Cod. de ven. reb. ciuitat.*

Non etiam me latet, Hugonem Donellum in explicatione *dict. leg. vigeſima ſeptima. de rebus creditor.* diſtinguere circa quæſtionem propoſitam, ſic, vt ſi vniuerſi ciues, conuocati, communi conſilio mutuum acceperint, vel decreuerint vnanimiter, vt alius eorum nomine acciperet, tunc reſtitutio in integrum ceſſet, quia non poſſit hoc caſu Reſpublica dici imbecillitate quadam iudicii læſa atque circumuenta: quod ſi verò non ita ſolenniter coacta ſit ciuitas, eiuſque decreto mutuum ſit acceptum, aut aliud quippiam geſtum: aut ſi actores vel curatores pecuniam acceperint mutuam, ciuitate nihil de eo nominatim cauente, tunc demum putat locum concedi in integrum reſtitutioni; atque de hoc caſu adductos textus interpretandos eſſe ſtatuit.

Veruntamen diſtinctionem hanc idcirco admitti non poſſe exiſtimo, quia poſteriori caſu non poteſt dici ciuitas ſeu Reſpublica geſſiſſe aliquid, vel mutuum accepiſſe, cum quidam, cæteris non conuocatis, quid decreuerunt aut geſſerunt. Quanquam enim, vt quid ab vniuerſitate vel ciuitate geſtum & decretum dicatur, ſufficit maiorem partem adfuiſſe ac c onſenſiſſe, omnes tamen ad hoc citandi ſunt *l. 2. C. de decur.*

Nam quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet *leg. fin. Cod. de author. præſtanda*, Weſenbec. *in paratit. ff. quod cuiuſq; vniuerſitat.*

Proinde hoc caſu mutuum Remp. planè obſtringit, & cõſequenter aduerſus I-

lud re-

Digitized by Google

lud reſtitutio in integrum Reipublicæ neceſſaria non erit. Nec verò dubitandum exiſtimo], quin ciuitas, etiam ſolenniter coacta, iudicii quadam imbecillitate labi queat, cum experientia fere quotidiana id ſatis abundeque teſtetur. Multò verò minus illud admittendum cenſeo, quod idem Donellus ad *dict. l. penult. Codic. quibus ex cauſis maior.* reſpondet, eam non ad contractus Reipubl. referendam, ſed ad eos caſus reſtringendam eſſe, quibus aliquid negligentia illius vſucaptum eſt, aut actiones tempore omiſſæ ſunt, aut alio aliquo ex actu Reſpublica fuerit læſa.

Reſpond. Hoc ſiquidem in nuda ac mera diuinatione & coniectura conſiſtit, & qua facilitate aſſeritur, eadem rurſus reiicitur.

RESOLVTIO THESIS NONÆ.

Litera A. Qu. 62. Quomodo fieri debeat reſtitutio?

Reſtituitur igitur minor aduerſus cōtractum de iure validum ac ſubſiſtentem: cum enim reſtitutio in integrum comparata ſit ad reſcindendum, id quod à minore geſtum eſt *l. 1. & tot. tit. ff. de minorib.* ſequitur vt aduerſus contractus ipſo iure nullos reſtitutio non detur: quãdoquidem id quod nullum eſt, reſcindi non poteſt: omnis ſiquidem priuatio præſupponit habitum, & non-entis nullæ ſunt qualitates, nullæ conſiderationes. Et pro hac aſſertione expreſſus eſt textus in *L. 16. ff. de minorib.*

Reſtitutionem vero minoris ita faciendam ait Paulus, vt vnuſquiſque in integrum ius ſuum recipiat: proinde ſi in vendendo fundo circumſcriptus reſtituatur, iuvet prętor emptorem fundum cum fructibus reddere & precium recipere *l. 24. §. fin. ff. de minorib.*

Sic & minor ſi fundum emens circumſcriptus fuerit, recipiet precium, & fundum cum fructibus reſtituet. Quod de iis fructibus accipiendũ eſt, qui in rem & vtilitatem minoris verſi probantur: qui enim in rem minoris verſi non ſunt, venditori reſtitui non debent *d. l. 24.*

Cui congruit, quod in *L. vnic. Cod. de rep. quæ fiũt in ind. in integr. reſtit.* eum qui in integrum reſtituitur, ſicut in damno morari non debet, ita nec in lucro morari debere.

Nec obſtat, quod maioribus non ſuccurratur *l. 3. §. ſed vtrum. ff. de minoribus.* fieri autem poſſit, vt aduerſarius minoris ſit maior. Reſp. Nam in conſequentiam ſolum ſuccurritur maioribus, cum hęc ſit natura reſtitutionis, vt omnia in priſtinũ ſtatum reponat: & æquitas, qua nititur, ſuadeat non reddi minorem cum iactura aduerſarii locupletiorem. Deinde reuera hoc ipſo ſuccurritur minori: quia niſi & maior, aduerſarius minoris, in priſtinum ſtatum reponeretur, non poſſet minor reſtitui ex ratione adducta; vt ita non tam propter maiores ipſis ſuccurratur, quam propter minores, quo & ipſis conſuli poſſit.

Non obſtat *l. 28. ff. de minor.* nam minore reſtituto, etiam aduerſarius ius ſuum recipit, ſi vnum idemq; ſit negotium, cuius partem aduerſarius cum minore conſtituit, ita vt vtriuſq; perſona & conſenſu accedente contraheretur id negotium, vno ex his detracto, non cõſiſteret: aduerſus id ſi reſtituitur minor, merito & adverſario pro ſua parte negotium reſtituetur.

At *d. l. 28.* loquitur de negotiis diuerſis, nihil commune habentibus: nam actio tutelæ eſſe poteſt minori, vt nulla ſit maiori contraria & contra poteſt tutori eſſe actio contraria, vt nulla ſit pupillo directa *l. 1. ff. de contrar act. tutelæ.* Donell. Cuiac. & Anton. Faber.

Sed vtri incumbat probatio, quod precium & fructus ex re vendita percepti, in rem & cõmodum minoris ſint verſi, minori an vero ipſius aduerſario, quæſtio eſt inſigniter difficilis? *Qu. 63. An aduerſario minoris incũbat pro*

Et quod

Digitized by Google

batio quod precium & fructus ex re vendita percepti ſint verſi in vtilitatem minoris?

Et quod is, qui à minore emit, probare debeat precium in vtilitatẽ ipſius minoris verſum eſſe: itemq́; is, qui vendidit minori, probare teneatur fructus ex fundo vendito, à minore perceptos, in utilitatẽ eius eſſe verſos hiſce fundamentis confirmari videtur.

Primo in *l. patri 28. §. Item ex diuerſo. ff. de minorib.* dicitur, minorẽ per in integrũ reſtitutionem cõtractum reſcindentẽ, rem fructibus auocare preciumq́; reſtituere, quatenus exinde locupletior ſit factus.

In *l. vn. C. de reputat.* dicitur minorẽ reſtitutũ reſtituere teneri, quicquid ad eum peruenerit, & ita videntur hęc iura Pinello requirere, vt emptor probet precium verſum fuiſſe in vtilitatem minoris.

In *l. ſi ſine 33. §. interpoſito. ff. de admin. tut.* dicitur, minorem cum curatore vendidiſſe, poſteaque, agnita fraude, in integrum reſtitutum fuiſſe & videtur relcuare minorem à reſtitutione precii, niſi probetur illud verſum in eius vtilitatem.

Sed pro contraria opinione ꝗ minori incumbat probatio, quod in rem ſuã pecunia non ſit verſa, nititur primò *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſus credit.* vbi Impp. reſcribũt: ***Cum profitearis eum minore 25. annis te contraxiſſe, nec doceri potuiſſe prætorem ex eo contractu minorem eſſe locupletiorem factum, intelligis eum meritò in integrum reſtituturũ.*** vbi obſeruandum, quod ſimpliciter fit mentio cõtrahentis cum minore, nec aperitur quod fuerit cauſa mutui. Idemq́; in *l. ſeq. 2. eod. tit.* expreſſe ſcribitur, minorẽ reſtituendum, niſi probetur pecuniam verſam fuiſſe in rem minoris. In iſta verò *l. 2.* alloquitur Imperator minorem: ipſum proinde vult probare pecuniam in ſuam vtilitatem eſſe verſam.

In *l. nam poſtea. §. ſi minor. ff. de iureiuran.* tradit ICtus minori incũbere onus probandi ſe læſum eſſe.

Et in *l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minorib.* quoad precium reſtituendum magis fauetur abſq; onere probandi pecuniam verſam in vtilitatem minoris: dum ibi generaliter dicitur & indiſtinctè reſtituendum emptori precium nec diſtinguitur, an verſa probetur pecunia in vtilitatẽ minoris, an vero nõ, & maximè dum excipit cauſam emptoris ſoluentis adoleſcenti, quem ſciebat pecuniam perditurum.

Mihi ſententia hæc poſterior eſſe videtur veriſſima, quod nempe actori non incumbat probatio pecuniam in vtilitatem minoris verſam eſſe; ſed minori probandum incumbat pecuniam in rem ſuam verſam non eſſe, quoniam hic in eo ſeſe fundat: quilibet autem intentionis ſuæ fundamentum probare tenetur: & ita quoque eleganter Menochius hac de re ſcribit: Cæterum, inquit, ambigi etiam ſolet qui tenetur probare aliquem effectum eſſe locupletem ex re, quæ peruenit ad eum ex contractu. Et verius eſt onus probandi pertinere ad eum, qui ſuæ intentionis fundamentum in eo ſtatuit, quod is factus ſit locupletior, h. e. quod eo contractu commodum atque vtilitatem ſenſerit, ita gloſſa in *l. 1. Codic. ſi aduerſ. vendit. & in l. prædiorum. Cod. de præd. min. & ibidem Salicet.* qui in ſpecie contractus initi cum minore ſcribunt, quod ſi contractus eſt ipſo iure nullus ob non ſeruatam ſolennitatem: is qui cum minore contraxit, ſi vult petere precium, ipſi minori numeratum, probare debet pretium illud fuiſſe verſum in vtilitatem minoris; ſicq́; illum ex eo contractu fuiſſe effectum locupletẽ: cum hoc ſit huius aſſerentis fundamentũ: cum vero contractus tenet, & minor petit illum reſcindi tanquã læſus, ipſe minor probare debet, ſe non eſſe effectum ex eo contractu locupletem, cum hoc ſit ſuæ intentionis fundamentũ. *Præſumpt. lib. 6. c. 27. nu. 10.* Confirmat inprimis ſententiam noſtram quod pupillus in dubio locupletior factus præſumatur *l. 47. §. 1. ff. de ſolut.* adeoq́ue pro aduerſario contra minorem militet præſumptio, quę in minorem onus probandi coniiciat.

Nec ad rem quicquam faciunt, quæ pro cõtraria opinione ſunt adducta: nam hoc ſolum probant, quod precium recipiat emptor aduerſus quem reſtitutus eſt minor, ſi precium in rem minoris fuerit verſum, & id factum fuerit probatum.

A quo autem probari hoc debeat, non explicatur in adductis textibus; nec vlla lex eſt aut principis conſtitutio, quæ in præſenti caſu noſtro onus probandi imponat aduerſario minoris, eodemq; minorem releuet.

Qu. 64. *An ſufficiat aduerſariũ probaſſe quod precium & fructus ad minorem peruenerint?*

Sed præſuppoſita diſſentientium opinione, quod is, aduerſus quem reſtitutus eſt minor, probare cogatur, fructus vel precium eſſe in vtilitatẽ minoris verſos, quæritur porrò vtrum ſufficit conſtare quod ad pupillum ſeu minorẽ peruenerit: an vero & hoc conſtare debeat in vſum ipſius erogatum eſſe?

Videtur autem dicendum, quod ſufficiat probari, quod ad minorem peruenerit, etſi non probetur, quod in vſum eius erogatum ſit.

1. Quia nemo prȩſumitur iactaſſe ſuum ac male collocaſſe aut perdidiſſe *l. cum de indebito princ. Digeſt. de probat.* Proinde etſi conſumpſerit pupillus fructus vel precium, quæ ad eum peruenerunt, non tamen male conſumpſiſſe, perdidiſſe aut iactaſſe præſumitur, ſed ita potius collocaſſe, vt exinde locupletior redditus fuerit.

2. Accedit quod in dubio præſumitur quiſque locupletatus *l. ſi defunctus C. arbit. tutel. l. 47. § 1. ff. de ſolut.*

Non elidit haſce rationes, quod reſpondet Menochius *6 præſumpt. 27. num. 9.* iam ante conſtare de conſumptione, qui igitur velit dicere minorem effectum eſſe locupletiorem ex ea conſumptione, eum probare debere conſumptam rem conuerſam fuiſſe in vſus neceſſarios, alioqui non poſſe dici illum factum eſſe locupletiorem.

Etenim de conſumptione quidem cõſtat, eaq; præſupponitur, ſed de mala conſumptione non conſtat: hanc autem non præſumi iam oſtenſum fuit, proinde ea probari debet, a quo allegatur.

Multo minus ad rem facit, quod Fachineus reſpondet præſumptionem illam, quod nemo ſuum iactaret, huc accõmodari non poſſe, quoniam lex probationẽ hic deſideret, nec contenta ſit præſumptione.

Nam manifeſtiſſime petitur principium, cùm hoc ſolum in quæſtione ſit.

3. Confirmat inſuper hanc opinionem *l. 24. §. reſtitutio. ff. de minorib. & l. 1. C. de reputat.* vbi dicitur, quod minor reſtitutus debeat reſtituere pecuniam, quæ ad eum peruenit, niſi quis ſciens eum conſumpturum dederit.

Et quanquam Fachineus reſpondeat hoc ita eſſe accipiendum, ſi ex eo factus ſit locupletior, non tamen hoc nervũ argumenti huius infringit quicquam; quãdoquidem & nos vltro largimur, ſic demum reſtituendos eſſe fructus & preciũ à minore reſtituto, ſi exinde ſit factus locupletior: verum quia generaliter ac pro regula traditur, quod minor ad preciũ & fructuum reſtitutionem teneatur, ideo exinde colligitur, quod minor, ad quem precium vel fructus perueniſſe conſtat, regulariter locupletior factus cenſeatur, vſque dum ab ipſo minore contrarium fuerit probatum.

Non obſtat primo *l. in pupillo ff. de ſolut.* vbi Marcellus ait, tum demũ locupletiorem aliquẽ eſſe factum, cum res conſumpta fuit in vſus neceſſarios verſa.

Reſp. Nam malè exinde infertur, quod non ſufficiat dicere rem eſſe conſumptã, ſed probari debeat vtiliter eſſe conſumptam: etenim locupletior effectus quiſq; cenſetur, quando conſumpta res in vſus neceſſarios conuerſa eſt: ſed conuerſam eſſe in vſus neceſſarios non debet probari, ſed prȩſumitur in vſus neceſſarios conuerſa, vt ſupra oſtenſum.

Sic et-

Sic etiam nihil quicquam ad rem facit, quod in *l.vtrum.ff.de pet. hered.* dicitur, verbum perueniſſe accipiendū eſſe cum effectu, ſcilicet ſi bonæ fidei poſſeſſor ex eo factus ſit locupletior.

Ex hoc enim id ſolum colligitur, quod propriè perueniſſe dicatur id, ex quo quis locupletior eſt redditus: vtrum autem locupletiorem aliquem factum eſſe præſumi, an probari debeat, quod ſolum nunc in quæſtione eſt, ibidem non expeditur: impertinenter proinde & extra oleas, quod dici ſolet, *d.l.vtrum.* adducitur.

Eiuſdem valoris eſt & hæc ratio, quod in *l.prædiorum.& l.ſi prædium Cod.de prædiis min.* dicitur, minorē pro ea duntaxat parte conueniri poſſe, quam in facultates tuas erogatam eſſe conſtiterit.

Reſpond. Non enim explicant Impp. vtrum ex probatione aduerſarii, an vero ex præſumptione conſtare debeat de erogatis in vtilitatem minoris: proinde id ex aliis legibus eſſe petendum, non obſtant inſuper *leg.1.& 2. Codic. ſi aduerſus credit. in verb. Nec doceri potuiſſe ex eo contractu locupletiorem eſſe factum.* Item: *Nec ea in rem tuam verſa eſt.*

Recte enim poſt Menochium reſpondet Duarenus: Regulare eſſe, quod minori contendenti rem non eſſe v... iam in ſuam vtilitatem, ſeq; non eſſe factum locupletiorem, incumbat huius probatio *l. minoribus Cod de in integrum reſtitut. leg. nam poſtea. §. minor. Digeſt de iureiur.* ſed excipiendum eſſe mutuum: nam quoties aduerſus mutuum petitur reſtitutio, onus probandi ſemper incumbere aduerſario, minorem eſſe factum locupletiorem ex pecunia numerata. Quod ait vtilitatis & æquitatis gratia cōnſtitutum eſſe propter fraudē, quæ interuenerat in mutuo, cum multis documentis eſſet expertum, damnoſum eſſe, minori credere pecuniam. Vt ita exceptio regulam confirmet in caſibus non exceptis.

Pari modo non obſtat *l. patri §. item ex diuerſo ff. de minorib. in verb.* iuvenis autem eatenus ex precio reddere, quatenus ex eo factus eſt locupletior.

Reſp. Nemo quippe eſt, qui inficietur de precio non aliter teneri minorem, reſtitutum, quam quatenus locupletior ſit factus: vnde vero colligatur locupletior factus, vtrum ex præſumptione, an vero ex probatione aduerſarii, quæritur? Non igitur hic quæſtio eſt, vtrum eatenus ſaltem teneatur, quatenus factus eſt locupletior, ſed vnde ipſum locupletiorem factum eſſe conſtet? Hoc proinde vult textus adductus, quod ſi minor probarit partem quandam precii in vſum ſuum cōuerſam non fuiſſe, nec inde ſe locupletiorem factum, quod hactenus non teneatur; ſed quoad reliquam duntaxat precii partem, quam male locatam aut ſibi intercidiſſe minor non probarit, quoniam hactenus locupletior cenſeatur.

Non refragatur poſtremo *lex ſine. §. interpoſito. Digeſt. de adminiſtrat. tutor. in verb. quaro cum ex hac venditione melior factus non ſit, neque in rem ſuam quicquam verſum probetur, precium emptori reſtituere non debeat?*

Hæc lex requirit probationem in rem verſam non eſſe pecuniam, quia alioquin precium emptori reſtituendum non ſit: atqui ſi ex eo, ꝙ pecunia ad aliquem peruenit præſumeretur locupletior factus, non eſſet opus, vt illud à lege requireretur, nempe ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eum factum eſſe locupletiorem, ſed dicendum eſſet, eum teneri, niſi probaret ſe conſumpſiſſe: ſolet enim iuris præſumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget *l. non eſt veriſimile. Dig. de eo, quod met. cauſa.*

Reſpond. Non, inquam, hic textus ſententiæ noſtræ obſtat, quoniam expreſſe de eo caſu loquitur, quo non ſolum aduerſarius minoris non probavit aliquid verſum eſſe in vtilitatem, ſed quo etiam

 excon-

ex contractu venditionis melior & locupletior factus non fuit, idque ex probatione ipſius minoris conſtat: vult itaque adductus textus quod precium non ſit reſtituendum à minore, ſi ipſe demonſtrarit locupletiorem ſe ex eo non eſſe effectum, nec contrarium fuerit ab emptore probatum: non igitur de eo caſu loquitur textus, quo probatum non fuerit locupletiorem pupillum eſſe factum, ſed quo neq; melior factus eſt minor (quod ipſi minori probandum incumbit) neque etiam probarit emptor, precium in rem & vtilitatem minoris eſſe verſum.

Illud quoq; controuerſum eſt, vtrum minor poſſit tranſigere cum authoritate tutoris ſine decreto iudicis, ſed de eo dictum ſupra in *diſput. 7. th. 2 in fine.*

Quæ. 65. *An minor pacē à ſe factā violās in pœnam promiſſam incidat?*

Quid autem ſi tranſegerit minor, pacemq; fecerit cum aduerſario ad pœnam curatore, authore adiecerit, ſi contra trāſactionem venerit, anne pœna promiſſa committatur, ſi pacem minor violauerit, nec poſſit reſtitui in integrum, elegantis eſt quæſtionis. Communis eſt opinio, teſte Farinaceo in loco ab authore citato, quod non committatur; aut ſi committatur, reſtitutio tamen in integrum peti eo nomine poſſit: fundamenta vero huius ſunt iſta.

1. Quicquid lædit pupillum eiq; damnoſum eſſe poteſt, id ſi tutoris autoritate aut curatoris conſenſu geſtum, aut promiſſum eſt, reſcinditur per in integrū reſtitutionem *tot. tit. Codic. ſi tutor vel curator.*

Atqui pœnalis obligatio & promiſſio eſt minori damnoſa: proinde aduerſus eam, ſi commiſſa fuerit in integrum reſtitutio dabitur.

2. Idem probare videtur *l. 34. § 1. ff. de minoribus.* vbi Paulus, *minores,* ait, *ſi in iudicem compromiſerint, & tutore auctore ſtipulati ſint; integri reſtitutionem aduerſus talem obligationem iure deſiderant.*

Ecce hic expreſſe dicitur, quod detur reſtitutio in integrum aduerſus pœnam quoq; conuentionalem, tranſactioni ſeu pacificationi adiectam.

Contrariam opinionem ſequuntur Farinaceus & Fachineus, quia ſi pœna adiecta ex parte minoris non valeret, aut daretur aduerſus eam reſtitutio in integrum, ſequeretur inter contrahentes ac paciſcentes maxima inæqualitas: cum aduerſarius minoris rumpendo pacem, teneretur ad pœnam conuentionalem, minor autem non; quod maxime videtur abſurdum, præſertim in eo qui poſtquam factus eſt maior & reperitur completæ ætatis, rumpit pacem celebratam, & tamen inter contrahentes æqualitatem ſemper ſeruandam omnia iura declarant.

Non obſtat, quod primo dicebatur pœnæ adiectionem in propoſito eſſe minori damnoſam, & ideo contra eam in integrum reſtitutionem eſſe cōcedendam.

Reſpond. Nam vſque adeo detrimentoſa non eſt pœnæ adiectio minori, vt per eam magis conſulatur & ſaluti & honori & patrimonio ipſius: ſiquidem metu huius pœnæ aduerſarius ab iniuriis, minori inferendis, arcebitur: prouidere igitur, vt pax cum minore facta nec per minorem nec per aduerſariū ita facile rumpatur, maxime ipſi minori vtile eſſe, negari non poteſt: ſi enim contingat, vt aduerſarius ei pacem rumpat, ſalus vitæ minoris aut ſanè bonorum in diſcrimine verſabitur.

Et ſane ſi pacificatio facta & tranſactio inita non eſt detrimentoſa minori, pœna quoque adiecta, quæ talem pacem confirmat ipſi detrimentoſa non erit: quod ſi autem pax damnoſa eſt minori, etiam pœnâ adiectâ, nondum commiſſa, reſtitui poterit: nec hic reſtitutio locum habebit, cum leges errantibus non autem decipientibus minoribus ſubueniant *leg. 2. Codic. ſi minor ſe maiorem dixerit.* Nec in delictis ſuccurritur ætati *l. 37. ff. de minoribus.*

Nec

Digitized by Google

Nec obſtat ſecundum: nam ad *l. 34. §. 1. Digeſt. de minorib.* reſpondet cum Gloſſa Fachineus: non idcirco minorem ibi lædi & reſtitui, quia tutoris authoritate pœnam fuerit ſtipulatus; ſed quia compromiſſum aufert minori appellandi beneficium & actionem de euictione: vt ita per compromiſſum lædatur minor, non per ſtipulationem pœnæ.

Qu. 66. An reſtitutio minorum competat adverſus tertium?

Quæritur porro an reſtitutio in integrum, minoribus conceſſa, contra tertium poſſeſſorem rei, à quo læſio non contigit, competat? Verbi cauſa aliquis à minore emerat fundum, eumque in emptione circumſcripſerat, hunc eundem fundum rurſus vendidit alii: hic quæſtio eſt, vtrum minori læſo aduerſus tertium iſtum fundi poſſeſſorem competat in integrum reſtitutio?

Et quod non competat reſtitutio in integrum aduerſus tertium poſſeſſorem, probat hæc ratio, quod minor cum tertio iſto poſſeſſore nunquam contraxerit, nec quicquam egerit, neque etiam viceuerſa poſſeſſor cum minore.

2. Quia regula eſt, quod detur in integrum reſtitutio aduerſus eos, à quibus læſi fuerunt minores 25. annis *l. 13. princ. ff. de minor.*

3. Et quia Iuriſconſultus *in ead. l. 13. §. 1.* ſubiicit, reſtitutionem in integrum dari INTERDVM aduerſus poſſeſſorem rei; ſatis innuit regulariter dari aduerſus eos duntaxat, qui cum minore quid egerunt aut contraxerunt.

Pro contraria ſententia, quod reſtitutio detur etiam aduerſus tertium rei poſſeſſorem, his rationibus pugnare nituntur interpretes iuris noſtri.

1. Quia alienatio fieri non poteſt niſi cum ſua cauſa *l. alienatio 67. ff. de contrahent. empt.* proinde res alienata, quæ penes primum emptorem fuit in ea cauſa, vt per in integrum reſtitutionem redhiberi quandocunque poſſet, non potuit in ſecundum emptorem alienari, niſi eadem lege & conditione vt reſtitutionis periculo maneret obnoxia.

2. In *l. Minor. ff. de euict.* caſus talis proponitur: Minor 25. annis fundum Titio vendidit: Titius demum Seio: ſi tandem minor ſe circumſcriptum agnouerit, poterit, ſi volet aduerſus alterum ex his cognitionem impetrare, vt hoc caſu vtilem de euictione actionem in totum decernendam Iuriſconſultus ſanxerit. E quibus colligitur reſtitutionis beneficium vtrumque poſſeſſorem comitari.

3. Quando reſcinditur emptio venditio, cum minore celebrata, reſtituitur minori prior actio in rem, quæ antea ipſi, tanquam domino, competiit: at hæc in quemuis poſſeſſorem rei competit, §. 1. *I. de act. leg. qui petitorio. Digeſt. de Rer. vindicat:* proinde vel hinc apparet reſtitutionem in integrum dari contra tertium poſſeſſorem, quamuis cum eo nihil ſit contractum.

4. Quoties reſoluitur ius datoris, toties reſoluitur ius acceptoris *l. lex vectigali. ff. de pignorib.* Atqui cum reſtituitur minor aduerſus primum emptorem, reſoluitur ius eius, igitur reſoluitur etiam illius ſecundi emptoris, qui rem à primo emptore accepit.

Ego, ſalua aliorum ſententia, ita ſtatuendum exiſtimo: regulariter non dari in integrum reſtitutionem minorum aduerſus tertium poſſeſſorem; ſed quibuſdam duntaxat caſibus per *l. 13. §. fin. Digeſt. de in integr. reſtit. minor.* vbi ita Vlpianus: *interdum autem reſtitutio & in rem datur minori, id eſt, aduerſus rei poſſeſſorem, licet cum eo non ſit contractum: vt puta, rem à minore emiſti & alij vendidiſti, poteſt deſiderare* INTERDVM *aduerſus poſſeſſorem reſtitui, ne rem ſuam perdat; vel re ſua careat & hoc vel cognitione prætoria, vel reſciſſa alienatione dato in rem iudicio: Pomponius quoque lib. 28. ſcribit, Labeonem exiſtimaſſe ſi minor vigintique annis fundum vendidit & tradidit, ſi*

emptor rurſus eum alienauit : ſiquidem emptor ſequens ſcit rem ita geſtam, reſtitutionem aduerſus eum faciendam : ſi ignorarit & prior emptor ſoluendo eſſe, non eſſe faciendam : Sin vero non eſſet ſoluendo æquius eſſe minori ſuccurri etiam aduerſus ignorant..., quamuis bona fide emptor eſt.

Primo quod regulariter aduerſus tertium poſſeſſorem non detur in integrum reſtitutio minori, colligitur ex particula INTERDVM, quæ ſignificat aliquando ſolum & paucis quibuſdam caſibus reſtitutionem in integrum dari: cui ſane conſequens eſt quod regula ſit in contrarium, & ordinarie reſtitutio in tertium poſſeſſorem minori denegetur.

Duo autem ſunt caſus à Iuriſconſulto Vlpiano excepti, quibus in poſſeſſorem reſtitutio conceditur.

Vnus, ſi poſſeſſor iſte ſciens rem à minore prius ita venditam eſſe, nihilominus emit: nam huic imputari poteſt, quod emerit rem, quam videbat poſſe, quandoque peti per minorem beneficio reſtitutionis, ob idque videtur ille anceps iſtud reſtitutionis periculum vltro ſubiiſſe: quod tamen ſimiliter imputari non poteſt illi, qui rem minoris fuiſſe ignorauit.

Alter caſus eſt, ſi poſſeſſor iſte tertius bona fide quidem emit, à primo emptore, ſed prior hic emptor ſoluendo non eſt, nec ab eo conſequi poteſt rem ſuam: nam & tunc minori aduerſus hunc poſſeſſorem ſuccurri æquum eſt, quia facilius potuit emptor ſcire rem, quam emerat, fuiſſe aliquando minoris, præſertim ſi fuiſſet curioſus, vt eſſe debuerat in inquirendo, an emeret à domino, quam minor impedire poteſt ne res, quæ ab eo vendebatur & in cuius venditione lædebatur à primo emptore in alium poſtea transferretur.

Quod ſi poſterior emptor bona fide emit & prior emptor heresue eius ſoluendo eſt, placet nihil noui eſſe conſtituendum aduerſus poſſeſſorem, cum & is bona fide emerit & res minori nihilominus ſalua eſſe poſſit aduerſus priorem emptorem, agendo cum quo contractum eſt.

Quæ diſtinctio aperte fundata eſt *in leg. 13. §. final. Digeſt. de minor. & l. ſequent. 14.* Cui non obſtant, quæ pro prima opinione adducta ſunt, quibus nonnulli euincere conantur regulariter aduerſus quemuis poſſeſſorem dari remedium reſtitutionis in integrum.

Ad primum reſpondetur, regulam illam, quæ habet, alienationem fieri cum ſua cauſa, de ea demum cauſa accipi debere, quæ rem ipſam afficiat, vtputa ſi res fuit obligata aut legata ſub conditione ante alienationem, aut ea lege vendita, vt retrouenderetur. Omnes ſiquidem pactiones, quæ fiunt in traditione rei quæ alienatur, rem ipſam afficiunt, & conſequenter obligant poſſeſſorem, cum non aliter fuerit primus alienator rem ſuam alienaturus *l. 13. ff. de pign. act. l. 13. commun. prædior.*

Atqui in præſenti caſu non talem eſſe cauſam, quæ rem ipſam afficiat, eandemque ſequatur, ſed quæ duntaxat afficiat perſonam, plusquam manifeſtum eſt; igitur cum hac cauſa vt res minoris reſtitutione aliquando reuocari poſſit, non cenſetur alienatio in ſecundum emptorem facta.

Ad textum *in d. l. Minor 39. princip. Digeſt. de euict.* etſi generalibus verbis ſit conceptus, reſtringendum tamen exiſtimo ad caſus ſuperiores, à regula exceptos, ſic vt intelligatur vel de ſecundo emptore, ſciente rem à minore emptam; vel de eo caſu, quo minor rem ſuam conſequi & ſaluam habere à primo emptore nequit.

Ad

Digitized by Google

Ad tertium reſpondeo diſtinguendum eſſe inter remedium reſcindens, & reſciſſorium, reſtitutionem, inquam, in integrum & actionem reſtitutoriam: illam regulariter dari aduerſus eum duntaxat, qui cum minore contraxit & à quo minor eſt circumſcriptus: actio vero reſtitutoria, quia in rem eſt, competit aduerſus omnem rei iſtius poſſeſſorem, ita vt quemadmodum prius potuit minor rem iſtam à quouis detentore vindicare; ita quoque nunc, reſtitutione facta, poſſit rem à quouis detentore & conſequenter à ſecundo etiam emptore vindicare, cum hæc ſit actionis in rem natura, vt rei poſſeſſorem ſequatur §. *prim. Inſtit. de action. leg. qui petitorio Digeſt. de Rei vindicat.*

Aut ſi minus hoc placet, dicendum, tunc demum actionem hanc reſtitutoriam dirigi aduerſus poſſeſſorem tertium, ſi minor per eam non poſſit æſtimationem rei ſuæ à primo emptore eiusue herede conſequi, iuxta *d. l. 13. §. fin. & leg. 14. Digeſt. de minoribus.* Illud obſeruandum eſt, remedium *l. 2. Codic. de reſcind. vendit.* nunquam dari in tertium poſſeſſorem, ac ne quidem ſubſidium, ſiquidem eſt mere perſonalis actio, qualis eum duntaxat ſequitur, qui iure aliquo nobis obligatus eſt, nec in poſſeſſorem datur §. 1. *Inſtit. de action.*

Non obſtat denique quod poſtremo loco obiiciebatur, quod videlicet reſoluto iure dantis, reſoluatur ius accipientis *l. lex vectigal. ff. de pign.*

Reſpond. Hoc enim intelligi debet de reſolutione, quæ fit ipſo iure, aut conuentionis poteſtate, non extraordinario auxilio reſtitutionis ex ſolo æquitate contra ſtricti iuris rationem.

Lit. B. & D. Qu. 67. Vtrum minor reſtituatur aduerſus contractum validum iureque ſubſiſtentem, ſi iuramento confirmatus fuerit, quæſtio eſt inſigniter difficilis? *An minor reſtituatur aduerſus contractum iuratum, alias iure validum?*

Etenim quod minori aduerſus huiuſmodi iuratum contractum detur reſtitutio in integrum, his rationibus obtinere nituntur.

1. In minore, & eo cuius ætas nondum ſtabilis eſt, & quali decet iudicio firmata, iuramentum non debet eſſe vinculum iniquitatis *capit. quando. de iureiur. Codic. inter cætera. 2. quæſt. 4. Codic. Etſi Chriſtus de iureiur.*

Atqui vinculum eſſet iniquitatis in minore ſi efficeret, vt ipſe læſus non poſſet reſtitui in integrum prout alias æquitas ſuadet. Igitur iuramentum non obſtabit, quo minus minor in integrum reſtitutionem petere poſſit.

2. Accedit huic quod qua facilitate minor ad contrahendum inductus cenſetur, eadem quoque facilitate intelligatur inductus ad iurandum *arg. l. doli mali. verſicul. diuerſum. Digeſt. de nouat.* Quocirca cum propter facilitatem iſtam & ætatis imbecillitatem minor aduerſus contractum reſtituatur, conſequens videtur, vt propter eandem rationem aduerſus iuramentum quoque reſtitui valeat.

3. Quin etiam nemo cenſetur renunciare iuri, quod ignorat ſibi competere *l. Mater decedens. §. cæterum. Digeſt. de offic. teſtament. l. legitimam. Digeſt. de petit. hered. cap. veniens. de iureiur.* Minor autem propter ætatis & iudicii imbecillitatem beneficium à iure conceſſum ignorare præſumitur, & ignorantia iuris minorem excuſat *leg. 9. Digeſt. de iuris & fact. ignorant. l. 2. Digeſt. de iure fiſci.* idcirco iuramentum non excludat beneficium reſtitutionis in integrum.

Et hanc ſententiam amplectitur Autor noſter poſt veteres, quos allegat.

Sunt

Qu. 68. *An minor ſit de beneficio ſuo certiorandus?* Sunt tamen qui ſic demum per iuramentum in integrum reſtitutionem excludi cenſeant, ſi minor de hoc ſuo beneficio fuerit certioratus: idque propterea, quod iuramentum non trahatur ad incognita, per communem Canoniſtarum theoricam quam ſumunt ex *l. fin. ff. ad municip.* & iuramento ſemper inſit tacita illa clauſula, ſi res maneat in illo ſtatu, vt notant Canoniſtæ ad *capit. cum contingat. extr. de iureiur.*

Atqui, vt modo fuit oſtenſum, beneficium reſtitutionis in integrum eſt minori incognitum, vt qui licite ac impune iura ignorare poſſit. Igitur niſi de beneficio iſto fuerit certioratus datur ei in integrum reſtitutio. Et ita poſt Dynum & Cynum ſtatuit quoque Sichardus ad *Authent. Sacramenta puberum Codic. ſi aduerſ. vendit.* quos ſequitur Autor.

Tertia opinio eſt illorum qui ſtatuunt contractum iure alias validum, à minore iureiurando confirmatum, non poſſe per in integrum reſtitutionem reſcindi.

Quæ ſententia nititur primo textu *leg. 1. Codic. ſi aduerſus vendit.* cuius hæc ſunt verba: *Si minor annis viginti quinque emptori prædij cauiſti, nullam de cætero te eſſe controuerſiam facturum. Idque etiam iureiurando corporaliter præſtito ſeruare confirmaſti. Neque perfidiæ, neq; periurij me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.*

2. Eandemque ſententiam confirmat quoque ſubiecta *Authentica Sacramenta puberum eod. tit.* In qua Fridericus Imperator: *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inuiolabiliter cuſtodiantur: per vim autem, vel per iuſtum metum extorta, etiam à maioribus (maxime ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti iubemus.*

Equidem conſtitutionem hanc Friderici vulgo antiqui gloſſatores improbant, eo quod multos ad ſummam redegerit paupertatem, vt Baldus ſcribit: Multorumque animas in infernum detruſerit, teſte Cyno: ob quod etiam Fridericus Septimus, cum animaduertiſſet Authenticam iſtam multis afferre perniciem, cogitauerit de ea tollenda, ſed morte præuentus, quod facere deſtinauerat, prætermiſit; vt ſcribit Sichardus *d. loco.*

Cæterum, mea opinione, Authentica iſthæc optima nititur ratione atque ſaluti animarum optime proſpicit.

3. Nam iuramentum ſeruari debet propter conſcientiam, ne ipſa vulneretur, quodcunque abſque diſpendio & interitu ſalutis æternæ ſeruari poteſt. *capit. quamuis de pact. in ſext.* & *cap. cum contingat extr. de iureiur.* Quin etiam ſi tale non ſeruatur iuramentum, in ſummum diſcrimen anima deducitur: eſt ſiquidem generale præceptum Dei quo veramur vſurpare nomen Domini Dei temere ac fruſtra. Et *in pſalmo 15.* Inter notas viri boni atque beati ex præſcripto & mente diuinæ legis, vna hæc recenſetur, vt ſit is qui iurat DAMNO ſuo & non mutat.

Quocirca iuramentum à minore ſuper actu licito licite præſtitum ſeruari debet, nec illud per in integrum reſtitutionem reſcindi & multari poteſt.

4. Nullum inſuper dubium eſt, quin maiori 25. annis in integrum reſtitutio non concedatur *leg. 1. & 3. Digeſt. de minoribus*: Atqui conſtans eſt omnium Canoniſtarum ſententia, quod iuramentum minorem faciat maiorem, vt tradit Iaſon ad *d. Authentic. Sacramenta. numero. 55.* Igitur iuranti minori ſeruare contractum non eſt danda reſtitutio in integrum.

5. Denique *in l. ſi mulier Digeſt. ad SC. Velleianum.* non iuuatur mulier SCto Velleia-

Velleiano ſi ab ipſa initus iuratusue contractus fuerit: idem igitur & hic de minore dicendum, ſi contraxerit & contractum ſeruare iurauerit; quia eius & mulieris, quoad propoſitum, non eſt diuerſa ratio.

His non obſtant quæ pro contrariis opinionibus ſupra fuerunt adducta.

Nam ad primæ opinionis primum argumentum reſpondeo: iuramentum non debere vinculum eſſe iniquitatis, ſed nec hîc exiſtere iniquitatis vinculum, quoniam iniquum non eſt minorem contrahentem, & contractum ſuum inuiolabiliter ſeruare promittétem, atque ita ſuo beneficio tacite renunciantem, teneri; nec contra hanc ſuam promiſſionem reſtitutionis in integrum remedio venire poſſe *argum. l.1. ff. de pact. & l.1. ff. de conſtitution. pecunia. l.penultim. C. de pact.* Et vt damnoſum euadat huiuſmodi iuramentum minori: tamen damno huic pecuniario præferenda eſt animæ ſalus, quia in maximum deduceretur periculum iuriſiurandi violatione: & maior eſt habenda conſcientiæ ratio, quæ grauiſſimè ſauciaretur, violato huiuſmodi iuramento. Idque vult etiam dictum *Pſalmi 15.* quo ille vir bonus prædicatur & in domini tabernaculo habitaturus dicitur, qui iurat proximo ſuo & non decipit, ſed ſeruat etiam cum damno ſuo.

Hinc etiam Sacri Canones iubent indiſtincte ſeruari iuramentum, quod non vi, nec metu extortum eſt, nec lædit proximum, nec vergit in internum iurantis diſpendium *d. cap. quamuis. & d. c. cum contingat.* Neq; vllibi diſtinguũt, vtrum ipſi iuranti detrimentoſum ſit, nec ne.

Ad ſecundum reſpondeo, non tam facile induci poſſe minorem ad iurandum ſe contractum ſeruaturum, quam ad cõtrahendum, cum facile quiſque qui vſum rationis & aliquale iudicium habet, intelligat fortius, ſe ex iureiurando adſtringi & obligari, quam ex ipſo contractu. Præterea, etſi fortaſſis tam facile quis ad iurandum, quam ad contrahendum induci poſſet: non tamen tam facile à iuramento, quam à contractu recedere permittitur, ob periculum animæ & ſalutis æternæ, nec non læſionis conſcientiæ, quod periculum præſentiſſimum eſt illi, qui à iureiurando, legitime præſtito, recedit. Vt taceam, quod ſupra ex traditione Canoniſtarum dictum eſt, iuramentum præſumere minorem eſſe maiorem, adeoquè ætatis defectum ſupplere.

Ad tertium reſpondet Gailius: Iuramentum tantæ eſſe efficaciæ & roboris, vt in genere præſumatur iurantem de quocunque remedio, etiam implicite cogitaſſe, Alexander *Conſilio 42. numer. 9. & 19. volumin. 1.* Curtius Senior *Conſilio 1. num. 4.* Item iuramentum habere vim ſpecialis conſenſus & renunciationis, itemque virtutem expreſſæ & enixæ voluntatis *l. cum pater. §. filius matrem. ff. de legat. 2.* & bene Iohannes Mauritius, cum iurat minor ſe cõtractum, quem iniit ſeruaturũ, lex reputat, ipſum ſciniſſe ſibi reſtitutionis beneficium competiiſſe, cum non præſumatur iuraſſe, niſi deliberato animo.

Quod ad ſecundam opinionem, non exiſtimo eam eſſe veram: cum *d. l. 1.* vt & ſubiecta *Authentica*: generaliter loquatur, nec vllam deſiderent certioratione, ſed vt valeat contractus & reſtitutio excludatur, requiritur nihil quicquam amplius, quam vt iuratum ſit: dubium vero nullum eſt quin, ſi certioratio eſſet neceſſaria, eam requiſituri fuiſſent Impp. quin etiam in SS. Canonibus, in quibus iubetur ſeruari iuramentum, quod bona conſcientiâ ſeruari poteſt, nulla penitus ſit mentio certiorationis.

Accedit quod iuramenti tanta ſit vis & efficacia, vt certioratione & ſpeciali renunciatione plane non ſit opus *argum. cap.*

cap. ex reſcripto de iureiurand. vbi mulier iurato intercedens à beneficio SCti Velleiani excluditur, etſi nulla certioratio beneficij illius præceſſerit.

3. Deniq; cum iureiurando minor maior efficiatur *arg. d. Authentica Sacramenta.* nõ op⁹ erit certioratione vlla; ſiquidem, minores iurantes, de beneficio ſuo regulariter non ſunt certiorandi.

Et quanquam Iaſon regerat, quo ad poſſeſſorium minorem reputari eſſe maiorem *l. vnic. C. de moment. poſſ.* Cum tamẽ læſus in eo poſſeſſorio nõ priuetur reſtitutione, alia tamen ratio eſt iuriſiurandi & poſſeſſorij: etenim in iudicio poſſeſſorio minor maioris nomen aſſumit, quia iudicium illud eſt momentaneum, ac leuis præiudicij, eiuſque grauamen per definitiuam eſt reparabile: at in iureiurando tractatur de animæ periculo ac diſpẽdio, eaque cauſa minorem efficit maiorem, quia per ſe animam ligat iuramentum, ac iurando cum Deo contrahitur.

Illud ſane lubens fateor cum Gailio & Mauritio, longe tutius eſſe ad omnes difficultates & futuras lites euitandas vt tempore contractus & antequam iurent de beneficio ſuo certiores reddantur ac permoneantur. Hoc enim pacto ſecure proſpectum erit cum minore cõtrahentibus; quanquam ſi talis certioratio prætermiſſa fuerit, contractus minoris iuratus nihilominus valeat.

Qu. 69. *An cõtra contractũ iure inualidum, iuramento antẽ confirmatũ detur minori reſtitutio?*

Sed vtrum ſi minor iurauerit contractum iure inualidum ſe ſeruaturũ ab eo recedere non valeat quæritur? Et quidẽ Autor noſter affirmat ſecutus Canoniſtas & veteres iuris noſtri interpretes, quos allegat.

Sed mihi contraria opinio ſemper veritati conuenientior viſa eſt. Moueor autem his ſequentibus fundamentis.

1. Quod non vno in loco iuris noſtri expreſſe ſancitum reperiatur, iuramentum confirmandi illius actus gratia, qui contra prohibitionem legis eſt factus, interpoſitum, nullius eſſe momenti, vt in *l. 7. §. 16 ff. de pact. l. 112. §. fin. ff. de legat. 1. l. 5. C. de legib.*

2. Accedit huic, quod id, quod pugnat cum ordinatione diuina nullius ſit momenti: iuramentum vero illud, quo ratificatur, approbatur & confirmatur id, quod lege prohibente eſt factum, aduerſatur ordinationi diuinæ, cum leges politicæ, à magiſtratu legitimo, qui Dei miniſter eſt, profectæ, ſint nihil aliud, quam ordinatio Dei, *13. ad Roman.* Quare iuramentum huiuſmodi obſeruari nõ debet.

3. Quin etiam ſi actus per ſe illicitus, ac legibus improbatus iuramento cõfirmaretur, ampliſſima atque exoptatiſſima occaſio malitioſis præberetur hominib⁹ fraudem faciendi legibus, easdemq; eludendi ac circumueniendi latiſſima aperiretur feneſtra. Quiſque enim audacter contra legem peccaret, ac ne actus illicitus, tanquam nullus, reiiceretur, iuramentum adderet: hoc autẽ quam foret Reipublicæ pernicioſum?

4. Inſuper iuramẽtum, etiam ex Canoniſtarum ſententia tres debet habere comites, inter eoſque precipuum locum obtinet *Iuſtitia*: atqui hunc comitem nõ habet iuramentum contra præſcriptum legum factum.

5. Adde quod nec ratio ipſa permittat, confirmari id iureiurando, quod nullum eſt, quodq; pro infecto habetur. Cũ Non-Entis nullæ ſint qualitates, nullæ conſiderationes: ac omnis confirmatio aliquid præſupponat, quod confirmet.

Non equidem ignoro, Canoniſtas nõnullos ad fundamenta hactenus adducta reſpondere, actum quidem illicitum, ac lege prohibente, factum non confirmari iureiurando, nec eum ſeruari debere, ſed iuſiurandum, quod actui illi acceſſit, obſeruandum eſſe.

Reſp. Verum inepta & plus, quam ridicula eſt hæc exceptio. 1. Quia iuramẽtum

-tum eſt acceſſorium: at nullum acceſſorium valet,ac ſubſiſtit, niſi & principale valeat, *argum. l. ſi eum. §. qui iniuriarum, ff. ſi quis caut.* §. 5. 1. *de fideiuſſorib.* 2. Quia iuramentum ſeruari non poteſt niſi & actus, qui iſto iuraměto confirmatur, obſeruetur: vt ſi quis contra legem Iuſtiniani Imperatoris fundum dotalē alienaret, inſcia, vel conſentiēte vxore, & addito iuramento iuraret ſe alienationē iſtam non reuocaturum, quî obſecro iuramentum hoc ſeruaretur, ſi non & ipſa alienatio obſeruaretur: aut quî, ſaluo iureiurando, alienatio reuocari poſſet? 3. Quia in legibus ſupra adductis non actus iureiurando confirmatus ſolū, ſed ipſum quoque iuſiurandum irritum, infectum ac nullius eſſe momēti clare pronunciatur. 4. Quia denique & rationes ſupra adductæ, *2. & 3. 4.* perſpicue demonſtrant, ipſum etiam iuramentum inualidum & nullius eſſe momenti.

His non obat 1. Quia generale ſit Dei præceptum: *Non vſurpabis nomen Domini Dei tui temere ſeu fruſtra:* cui præcepto omnino conſequens ſit, vt quod iuratum eſt, præſtari debeat, quia ſic fiat, ne fruſtra ſit iuratum.

Reſp. Nam præceptum illud: non vſurpabis nomen Domini tui temere, eo ſpectat, ne tum, cum vſurpatur nomen Domini, vſupetur temere ac fruſtra, vt ſi iuratur quid futurum, ne temere & illicite iuretur; non vero eo pertinet, vt ſi quid ab initio iuratum ſit illicite, id neceſſum ſit præſtari poſtea: quinimo id fieri, potius hoc eodem præcepto prohibetur: nam ſi eum, qui illicite iurauit ſe quid præſtiturum, id agens, vt contra leges ad eam rem obligetur, volumus tanquam obligatum id præſtare, quid aliud volumus, quam eum in eadem temeraria nominis Dei vſurpatione perſeuerare, atq; id facto ſuo confirmare, ad quod prius illicite & contra legem obligari voluerat.

2. Similiter non aduerſatur, quod in *Pſalm. 50.* iubemur reddere Domino Deo vota noſtra. Reſpōd. Dictum illud Pſalmi accipiendum eſſe de votis licitis, non illicitis: non enim poteſt dici aliquid reddi Deo, niſi quod ille accipit: illicita autem vota non modo non accipit Deus, ſed etiam auerſatur: atqui votum illud ac iuſiurandum, quod repugnat legibus ciuilibus, eſt plane illicitum. Quare huiuſmodi votum Deus non accipit, & conſequenter illi reddi non debet.

3. Sic etiam non aduerſatur, quod in *Pſalmo 15.* inter alias notas viri boni ex præſcripto & mente diuinæ legis & hæc recenſetur, vt ſit is, qui iurat damno ſuo, & non mutat.

Reſp. Nam & hoc de votis licitis tantum & iure permiſſis, non etiam de illicitis accipiendum.

4. Non etiam magni momenti eſt, quod aiunt; homini Chriſtiano non debere chariorem eſſe pecuniam, quā nomen Dei, nec minoris æſtimare debere animæ ſalutē, quam bona caduca & præſentis vitæ opes: Nec Deum veracē, fragilium bonorum cauſa falſi ſuffragatorē & adumbratorem cōſtitui oportere; ſed hiſce omnibus iuraměti religionem potiorem haberi debere.

Reſp. Iuramenti veri & iuſti religionem eſſe cuſtodiēdam, etiam cum rei familiaris ac bonorum huius mundi iactura & detrimento: non vero illegitimi, illiciti & cum damno Reipubl. coniuncti: huius enim nulla eſt religio, nec poteſt, etiam, ſaluâ conſcientiâ, ſeruari.

5. Præterea non obſtat, quod alienatio fundi dotalis conſenſu vxoris a marito facta, quamuis Iuſtiniani conſtitutione prohibeatur ac improbetur, *pr. Inſtitution. quib. alien licet.* Si tamen iureiurādo fuerit confirmata, ſubſiſtat ac valeat, *cap. cum contingat. extr. de iureiurand.* Item quod in *cap. quamuis de pact. in ſext.*

iuſiurandum, contra iuris Ciuilis diſpoſitionem ac prohibitionem expreſſim factum, iubeatur firmum eſſe & obſeruari, ea de cauſa, quod non vergat in æternę ſalutis diſpendium, nec redundet in alterius detrimentum.

Reſpond. Hoc inquam non obſtat: iuris enim Canonici diſpoſitioni hîc non ſtamus.

1. Quia omne iuramentum legibus bonis politicis contrarium, bonis etiam moribus aduerſatur: quippe contra bonos mores eſt legum ciuilium trangreſſio ac violatio.

2. Quia quodcunque aduerſatur ordinationi diuinæ, id proculdubio etiam eſt contrarium bonis moribus, nec bona conſcientia obſeruari poteſt, ſed vergit in æternæ ſalutis diſpendium: atqui iuramentum illud, quod actum, iure ciuili prohibitum, confirmat, aduerſatur ordinationi diuinæ; ſiquidem magiſtratus politicus, atque leges ab ipſo latæ ordinatio diuina appellantur in *cap. 13. ad Roman.* 3. quia occaſionem præbet huiuſmodi iuramentum cõtemptui magiſtratus, violationi legum omniſque generis fraudibus ac machinationibus, vt ſupra oſtenſum fuit.

6. Adhæc non obſtat quod in *l. 1. & ſubiecta Authent. Sacramenta puberum, Cod. ſi aduerſus vendit.* emptio prædij à minore, contra expreſſam Seueri conſtitutionem facta, omnino ſit obſeruanda, ſi iureiurando confirmata fuerit.

Reſp. Nam in *l. 1. & d. Auth. Sacramenta pub.* non agitur de contractibus, contra legis præſcriptum, vel prohibitionem initis; ſed de contractibus puberum, iure ipſo validis, qui propter interpoſitum iuſiurandũ per in integrum reſtitutionẽ reſcindi aut retractari non debeant: id quod exinde ſatis perſpicue relucet. 1. Quod verbum *Contractus*, in dubio, pro contractu valido ac iure perfecto accipiatur. 2. Quod *d. Authent. Sacramenta.* loquatur expreſſim de contractibus non retractandis, id quod ad contractus, ipſo iure nullos, referri non poteſt.

7. Denique non confirmat contrariam opinionem exemplum Ioſuæ Ducis Iſraelitici, qui quamuis Gabeonitis, dolo circumuentus, contra expreſſum Dei mandatum legemque diuinam, *Deuter. 20. verſic.* iureiurando interpoſito fidem dediſſet: tamen fidem illis ſemel datam, ſancte cuſtodire voluit: *Iurauimus*, inquiens, *illis in nomine Dei Iſrael, & idcirco non poſſumus eos contingere*, *Ioſua 9. c.* Quod ipſum quoque à Saule violatum Deus grauiſſime eſt vltus, *2. Sam. 21.*

Reſpond. Hoc, inquam, exemplum non obſtat. Primo, Quia non exemplis, ſed legibus iudicandum: maxime ſi exempla legibus ac bonis moribus repugnent. Secundo, Quia iuramentum Ioſuæ non fuit contrarium mandatui diuino, nec fuit de re illicita interpoſitum. Tum quod Ioſua & Seniores populi Iſraelitici, à Gabeonitis dolo circumuenti, ignorarint illos terræ promiſſæ incolas atque ex illarum gentium numero eſſe; de quibus præceptum *Deuteronom. 20. verſic. 16.* loquebatur: Illud verò iuramentum demum ſit illicitum, quod, dum iuratur, ſcitur eſſe illicitum, *cap. Innocens. §. Illicitum, cauſ. 22. quæſt. 4.* Tum etiam quod lex illa de gentibus Cananæis delendis, de his concepta fuerit, quæ Iſraelitis, terram promiſſam occupaturis, reſiſterent; nec aliter fœdus inire vellent, niſi in ſua poteſtate & religione manere permitterentur. At ſi qua gens aut incola terræ Canaan ſeſe ſubijceret Iſraelitis, religionem Iudæorum aſſumeret, ac circumcideretur, cum ea fœdus inire licebat, vt tamen non haberet dominium in Iſrael: Eius vero generis erant Gabeonitæ, prout de illis ſacra teſtatur hiſtoria, Iohannes Brenr. in *explicat. cap. 9. Ioſuæ.* Quin & Deus,

Google

qui circa legem *Deuter.20.* diſpenſare potuit, diſpenſaſſe, ac Ioſuam Gabeonitis ex diuina diſpenſatione dediſſe, datamque ſeruaſſe, vel exinde colligitur, quod Deus fœdus cum Gabeonitis initum, à Saule vero violatum, in poſteris Saulis grauiſſime fuerit vltus, 2.*Samuel.*21: quin & quod Deo fœdus iſtud gratum fuerit, inſigni miraculo ipſe teſtatus fuit, cum & Ioſua & Principes, Gabeonitas, tanquam confœderatos defenderent, Deus non tantum victoriam inſignem conceſſit; ſed etiam miraculoſe curſum ſolis inhibuit, quo tempus vlciſcendi Gabeonitarum hoſtes, iam ſuos, ſuppeteret, Andr. Oſiand. *in inquiſit. Catholica de tractand. hæret. quaſt.3.*

Qu. 20. *An impuberib. detur cõtra iuratum contractũ reſtitutio?*

Vtrum porro, quod de minoribus 25. annis hactenus dictum eſt, ad impuberes quoq; porrigi debeat, quæſtionis eſt haut expeditæ?

Et quidem quod impuberibus, licet pubertati proximi ſint, omnino concedi debeat reſtitutio aduerſus iuratum eorum contractum, ſtatuunt Donellus *21. com.* 13. Sichardus in *d. Authentica Sacramenta puberum*, quos & Author noſter ſequitur. Fundamenta illorum ſunt hæc.

1. Certum eſt, quod *Authentica Sacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* ſit correctoria, corrigit ſiquidem leges veteres, loquentes de iuramentis, iura autem correctoria non ſunt extendenda *l. præcipimus. C. de appellat.* quapropter cum iſta *Authentica* in ſpecie ac nominatim ſit de puberibus concepta, non erit extendenda ad impuberes.

2. Præterea Authentica iſta ſecundum magis veram opinionem eſt odioſa, quia multa minorum patrimonia abſorbet, vt dicit Cynus: ſed quæ ſunt odioſa, debent reſtringi *cap. odia de reg. iur. in ſext.*

3. Inſuper quod puberes iureiurando obligantur facit, quia in his eſt maius iudicium, quo iudicio deficiente, tanquam vno ex neceſſarijs iuramenti comitibus iuramentum non valet. Et quia maior ratio eſt in pubere quam quæ in impubere, quia maior eſt in eo prudentia, ideo non mirum ſi diuerſum ius ſtatuitur *l. 1. C. de lib. præterit.*

4. Hanc præterea ſententiam conſuetudo, quæ optima eſt legum interpres, confirmat: nam, Angelo teſte, ſic conſuetudine receptum eſt, vt non obligentur impuberes contrahentes, & contractum ſe ſeruaturos iurato promittentes. At Doctori de conſuetudine teſtanti credi debet, ſecundum Baldum & Dd. in *l. de quibus. ff. de legibus.*

5. Quicunque peierare non poteſt, ille iurare nequit, & conſequenter ex iureiurando non obligatur, quoniam correlata ſunt iurare & peierare, vbi dicitur, pupillum non videri peierare, quia ſciens fallere non videatur; proinde pupillus non poteſt iurare, & ſi iurauerit ex ſuo iureiurando non tenetur. Et ideo, non obſtante iureiurando, in integrum reſtitutionem petere poterit.

6. Inſuper ita argumentatur Donellus: quoties aliquid per leges quibuſdam ex aliquo genere nominatim adimitur, cæteris qui ex eodem genere ſunt, concedi intelligitur *l. cum prætor. ff. de iudic.* & contra, ſi quid nominatim conceditur certæ ſpeciei hominum: cæteris, qui ſunt ex eo genere cõtinuo videtur ademptum *l. 3. §. ſed vtrum. ff. de minoribus.* Iam vero in *Authent. Sacramenta puberum C. ſi aduerſ. vendit.* nominatim atque in ſpecie puberibus adimitur beneficium reſtitutionis in integrum; proinde puberibus conceditur: & ſane fruſtra & ineptè Friderici cõſtitutio loqueretur de puberum iureiurando, ſi idem obtineret in iureiurando impuberum: cum leges ita ſcribi ſoleant, ne quid otioſum contineant.

7. Accedit, quod impubes ex voto non obligetur *cap. ſignificatum 11. de Regular.*

gular. cap. 1. eod. in ſext. Igitur nec iureiurando obligari poſſit, cum vtrumq; præſtetur *capit. 11. de Regularib. capit. 1. eod. in ſext.*

8. Quoties iura exigunt certum tempus, vt hic exigitur pubertas, vt iuſiurandum, in integrum reſtitutionem excludat, toties neceſſum eſt, illud tempus plene eſſe confectum, *l. qua ætate. ff. de teſtam. & l. fin. C. de milit. teſtam.* Quocirca cum leges in propoſito exigant pubertatem in iurante, neceſſe eſt vt intelligatur plena pubertas, ita vt ſi vnus dies deſit, pubes eſſe non diceretur.

Sed, hiſce rationibus non obſtantibus, ſic omnino ſtatuendum exiſtimo, infantes quidem & infantiæ proximos non poſſe iurare, & ſi iurauerint, ex contractu ſuo non obligari; ſed proximos pubertati, non minus, atque ipſos puberes, iurare poſſe & ex iureiurando ſuo teneri.

1. Pro quo facit primo *l. 1. C. ſi aduerſ. vẽdit.* quæ de minore in genere loquens, iuramentum eius, quo contractum ſuum confirmauit, cuſtodiri iubet: verba hæc ſunt: *Si minor annis viginti quinque emptori prædij cauiſti, nullam de cætero te eſſe controuerſiam facturum; idque etiam iureiurando corporaliter præſtito ſeruare confirmaſti: neque perfidiæ neque periurij me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.*

Atqui impuberem quoq; minoris appellatione contineri, dubium nullum eſt: proinde & hunc à contractu iurato recedere non poſſe, dicendum eſt.

2. Huic inſuper facit, quod omnia delicta cadant in eos impuberes, qui proximi ſunt pubertati, præter delictum carnis *l. Minor. ff. ad L. Iul. de adulter.* Quod ſi igitur omnia delicta cadunt in impuberes, & periurium eſt delictum, ſequitur quod & illud cadat in impuberes, atque ideo ſi à iurato contractu reſiliant peccent non minus atque puberes.

3. Idem plane euincit *§. in ſumma. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc.* vbi Imperator ait, impuberes delinquere & doli eſſe capaces, ſi proximi fuerint pubertati: proinde ſi à contractu iurato recedunt, perinde vt puberes, in delictum periurij incidunt; ac proinde, obſtante iureiurando, non poſſunt contra iuratum contractum in integrum reſtitutionem poſtulare.

Nec obſtat quod in *l. qui iuraſſe. 26. ff. de iureiur.* negatur impubes peierare poſſe: nam hoc quomodo accipiendum ſit, mox explicabitur.

4. Inſuper non parum confirmat opinionem noſtram, quod malitia ſuppleat ætatem *l. 3. C. ſi minor ſe maior. dix.* Item quod in criminibus: ætatis ſuffragio, minores non iuuentur, nec infirmitas animi malorum mores excuſet *l. 1. C. ſi adu. delict.* quod denique nullius malitia debeat ipſi eſſe lucroſa, aut alteri damnoſa *l. 1. ff. de dolo.* Proinde impubes pro pubere habebitur, cum à contractu iurato recedere ac periurium committere nititur, nec ipſum infirmitas animi & iudicij ab hoc delicto excuſabit.

Nec moueor eo, quod Donellus reſpondet, hæc omnia recte dici in eo impubere, qui quid deliquerit ſciens, aut aliter dolo malo fecerit: ad eum vero impuberem à quo dolus abſit, non pertinere, omninoque, dum malitia ætatis non arguatur, impuberes in rerum adminiſtratione puberibus minime com parari; quoniam impuberes non intelligant quid gerant: puberes vero optime id intelligant.

Etenim impuberes, pubertati proximos, non minus intelligere quid agant, & eorum in delictis argui malitiam, probat diſerte *d. §. in ſumma Inſtit. de obligat. ex delict.* & mox pluribus hoc demonſtrabitur.

5. Adhæc ſententia noſtra confirmatur

matur non parum eo, quod iurata impuberum ſponſalia valere dicuntur *cap. ex literis* 10. *extra, de deſponſation. impub.* Cur igitur non valerent quoque & ſeruarentur iurati impuberum contractus?

Ad argumenta contraria non difficilis reſponſio.

Nam ad primum reſpódeo leges quoque correctorias extenſionem admittere ex paritate rationis, vt prolixe, & perſpicue oſtendi in tractatu *de interpretat. Iur. c. 13.* Itaque poſito, quod *d. Authentica Sacramenta puberum.* ſit correctoria; quia tamen ratio, qua nititur, non minus in impubere pubertati proximo; quam pubere obtinet, ne videlicet in periurij crimen incidat, ideo ad hunc quoq; merito iſtius Authéticæ fiet extenſio, quamuis de impuberibus nil quicquam verbis in ea fuerit expreſſum.

Ad ſecundum reſpondetur Authenticam iſtam *Sacramenta puberum.* non eſſe odioſam, ſed maxime fauorabilem, quia quandocunque agitur de obſeruatione iuramenti, vel vt periculum animarum euitetur, tunc illa iura ſemper ſunt fauorabilia, etiamſi pœnalia ſint, cum ad animarum ſpectent fauorem, quæ omnibus rebus ſunt nobiliores & fauorabiliores *l. ſancimus. C. de SS. Eccleſ.* quia hoc agitur ne periuria incidant & iactura animæ fiat. Et quanquam, ſeruato hoc iureiurando, minores damnum aliquod rerum ſuarũ patiantur, ei tamen damno animarum ſalus præferenda eſt.

Sic etiam non obſtat tertium argumentum: quod enim dicitur in impuberibus deficere comitem iuramenti, diſcretionem videlicet ac intellectum, cum impubes eo deſtituatur; id de eo impubere accipiendum eſt, qui infans eſt, vel infantiæ proximus: non etiam de illo, qui proximus eſt pubertati: hunc enim habere intellectum, ac ratione huius comparari puberi, non dubijs argumentis demonſtrari poteſt. Nam Iuſtinianus id perſpicuis verbis teſtatur in §. 10. *Inſtit. de inutil. ſtipulat.* vbi ita ſcribit: *Sed quod diximus de pupillis, vtique de ijs verum eſt, qui iam habent aliquem intellectum: nam infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant, quia huiuſmodi ætatis pupilli nullum intellectum habent.* Ecce hic diſerte Imperator affirmat proximos pubertati iam aliquem habere intellectum. Id quod idem quoque inculcat in *d. §. in ſumma 18. Inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* *In ſumma*, inquiens, *ſciendum eſt, quæſitum eſſe, an impubes rem alienam amouendo furtum faciat. Et placet quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere:* Quocirca Impuberes pubertati proximi nõ carent intellectu & iuramenti comite diſcretione.

Ad quartum reſpondeo, primo conſuetudinem huiuſmodi, quæ occaſionem delictis atque periurijs præbet, non eſſe in Republica tollerãdam, ſed primo quoque tempore ex ea exterminandam, vtpote Reipublicæ pernicioſiſſimam, & talem, quæ conſcientias lædat, animas hominum in præſentiſſimum periculum & æternum exitium præcipitet. Deinde doctori, de conſuetudine teſtanti, fidem nõ eſſe adhibendam, ſupra oſtenſum eſt in *diſput. 1. theſ. 9. lit. h.*

Ad quintum reſpondetur, impuberẽ, qui pubertati eſt proximus, poſſe peierare, quia, vt oſtẽſum eſt, delinquere poteſt. Nõ obſtante *d. l. qui iuraſſe. 26. R.* Nam illa exaudiẽda eſt de eo impubere, qui infans eſt, vel infantiæ proximus: non etiam de proximo pubertati: nam loquitur textus expreſſe de eo *impubere, qui ſciens fallere non poteſt:* atqui proximus pubertati poteſt ſciens fallere, doli capax eſt *d. §. in ſumma I. de oblig. quæ ex delict. l. ſi minor. ff. de adult.* proinde de illo duntaxat, qui infans, vel infantiæ proximus eſt, loquitur iſta,

L. 26.

l. 26. non etiam de proximo pubertati.

Ad ſextum reſponſio non eſt difficilis: nam dum *d. Authentica* meminit puberis, non excludit impuberem proximum pubertati, ſed includit potius. 1. Quia, etſi hic appellatione verbi puberis non veniat: puberi tamen comparatur, ita vt ſicut pubes animi intellectum habet, ſic quoque impubes hic pubertati proximus §. *10. Inſt. de inutil. ſtipul.* 2. Quia ſicut pubes delinquere ac periurium committere poteſt, ita quoque impubes pubertati proximus §. 10. *Inſt. de obligat. quæ ex delict. naſc. l. minor. ff. de adult.* Et ſane abſurdum non eſt nec infrequens, vt conſtitutio etiam prohibitoria de certis perſonis nominatim concepta, extendatur ac porrigatur ad alias perſonas, in quibus eadem obtinet ratio; idque tanto facilius hoc admittendum, quod *lex* 1. *C. eod. tit.* de minoribus in genere loquatur ipſiſq; aduerſus iuratos contractus reſtitutionem deneget: huius vero legis explicationem quandam & extenſionem continet *d. Authentica Sacramenta*, vt ipſe Donellus ſtatuit: quocirca de ijſdem perſonis intelligenda eſt, de quibus antecedẽs *l.* 1. quod ſi tamen quæritur, quare Fridericus de puberibus nominatim ſuam conſtitutionem conceperit, reſpondeo ideo id factum, vt intelligeretur aliud obtinere in impuberibus, ijs videlicet, q in iure noſtro puberibus non comparantur in delictis & contractibus: ad hos igitur excludendos Fridericus vſus eſt nomine *puberis*; non etiam ad excludendos impuberes pubertati proximos, qui vbiuis in iure noſtro puberibus comparantur, quando quæritur de obligatione, ex contractu vel delicto deſcendente, vt ex prædictis elucet.

Ad ſeptimum reſpondeo, non obſtare *d. cap. 11. de Regularib. & cap. 1. eod. in ſext.* nam loquuntur expreſſe de eo impubere, qui votum fecit nec parentum conſilio, nec authoritate tutoris: huiuſmodi votum, aiunt, ſeruare non eſſe minorem compellendum: at ſi patris authoritate votum fuerit factum, aperte ſtatuunt mutari amplius votum non poſſe. Sic igitur circa Iuramentum, in propoſito caſu, nos quoq, diſtinguendum cenſemus: ſi enim pupillus ſine tutoris ſui autoritate contractum inierit & eum ſeruaturum ſeſe iurauerit, contractus nullius erit momenti & conſequenter nec iuramentum vires habebit, vtpote legib. expreſſe contrarium *tot. tit. Inſt. & Dig. de author. tutor.* Quod ſi autem tutoris authoritate contractus initus & iuſiurandum ab impubere, pubertati proximo, fuerit præſtitum; hunc contractum iuratum adeo ſeruandum eſſe dicimus, vt etiam nec per in integrum reſtitutionem reſcindi ac ſubuerti queat. Atq; hic in memoriam reuocare debemus, quod paulo ſupra defendimus, cõſtitutionem *d. Authenticæ Sacramenta puberum.* de contractu valido ac iure ſubſiſtente intelligendum eſſe, qualis contractus eſt is, qui tutoris authoritate à pupillo initur.

Ad poſtremum reſponſio patet ex prædictis; nam pubertas præciſe non requiritur ad excludendam reſtitutionem in integrum à contractu iurato, vt ratio *d. Authentica*, oſtendit & nos paulo ſupra demonſtrauimus. Deinde pubertas non excludit reſtitutionem, ſed iuſiurandum, vel quod idem eſt, non tributum hoc eſt ætati pubertatis vt excludat reſtitutionem, ſed iuſiurandi religioni.

RESOLVTIO THESIS Decimæ.

Lit. A. Qu. 71. *An cõtra iuratum contractũ vi aut dolo extortum*

QVod hactenus dictum eſt, contractum iuratum minoris non poſſe per in integrum reſtitutionem reſcindi, hoc procedit, vbi ſponte quis iurauit nullius dolo, aut vi adductus, ſi enim dolo aut inſidijs adductus eſt minor ad iurandum,

Digitized by Google

tum detur reſtitutio?

dum, ſeruare contractum & iuramento ſtare non cogitur; idque haut obſcure ſignificat Imperator Fridericus in *d. Authētica Sacramenta puberum*, dum expreſſe requirit, vt Sacramenta puberum, aduerſus quæ reſtitutio non conceditur, ſint SPONTE facta: *ſponte factum* dicitur, quod proprio motu, ſine alicuius petitione, factum eſt, Sichardus ad *d. Authen. Sacramenta num. 31.* ſubijcit deinde Imperator *per vim autem vel iuſtum metum extorta iuramēta nullius eſſe momenti:* at his quæ, per vim aut metum extorta ſunt, æquiparantur, quæ dolo ſunt geſta *capit. quamuis de pact. in ſext.*

Accedit huic, quod & Pontifex in *cap. cum contingat. extr. de iureiur.* Illud demum iuſiurandum obſeruare iubeat, quod ſine vi & dolo fuerit præſtitum: quare id, quod vi aut dolo præſtitum eſt, non vult ſeruari.

Idem quoque euincit *capit. quamuis. de pact. in ſext.* vbi Bonifacius Octauus Pontifex pactum renunciatorium ſucceſſioni paternæ vult ſeruari, ſi iuramento non vi, nec dolo præſtito firmatum fuerit. Et facit huc ratio quoque euidens, hæc videlicet, quod cum iuramēti comes neceſſarius ac perpetuus ſit iuſtitia, ſicut quodcunq; iuramentum hoc comite deſtituitur, nullius ſit momenti; hic vero abſit ab eo iuramēto, quod dolo præſtitum eſt; idcirco huiuſmodi iuramentum dolo extortum ſubſiſtere nequeat, vide quæ de hac eadem quæſtione dicta ſunt, *theſi praced. 9.*

Sed vtrum abſolutio ab hoc iuramento requiratur, magis dubitari poteſt: equidem Iohannes Mauritius & Canoniſtæ fere omnes abſolutionem deſiderant, idque authoritate *capit. 1. de iureiurand.* vbi relaxatio iuramenti turpitudinem, ex parte ſuſcipientis, in ſe continentis petenda dicitur, ſed verior eſt contraria opinio: quoniam ex adductis textibus liquido apparet, quod iuramento, dolo extortum, nullius ſit momenti; proinde nulla relaxatione & abſolutione indiget. Sed de hac quæſtione memini etiam ſuperius fuiſſe prolixe actum, quare vlteriori declaratione hic opus non erit.

Lit. B. Qu. 72. *An aduerſus hereditatem aditā detur reſtitutio?*

Aduerſus porro hereditatem, non ſolum paternam, cui ſe minor immiſcuit, ſed etiam aduerſus extranei hereditatem, quam minor adijt, tribui beneficium reſtitutionis, certi & explorati iuris eſt.

Et quidē de hac re ita reſcribunt Impp. Seuerus & Antoninus in *l. 1. C. ſi minor ab hereditate: quod ſi pro herede geſſiſtis vel bonorum poſſeſſionem accepiſtis, propter ætatem cui ſubueniri ſolet in integrum reſtitutionis auxilium accipere debetis.*

Et in *l. 7. §. 5. ff. de minorib.* Vlpianus ait: *Sed etſi hereditatem minor adijt minus lucroſam, ſuccurritur ei, vt poſſit abſtinere: nam & hic deceptus eſt: Idem & in bonorum poſſeſſione vel alia ſucceſſione. Non ſolum autem filius qui ſe miſcuit paternæ hereditati, ſed & ſi quis ſit ex neceſſarijs minor annis, ſimili modo reſtitutionem impetrabit. Veluti ſi ſeruus ſit cum libertate inſtitutus: dicendum enim erit, ſi ſe miſcuit poſſe ei ſubueniri ætatis beneficio vt habeat bonorum ſuorum ſeparationem. Plane qui poſt aditam hereditatem reſtituitur, debet præſtare, ſi quid ex hereditate in rem eius peruenit, nec perijt per ætatis imbecillitatem.*

Et ratio huius obſcura non eſt: quanquam enim is, qui ſemel heres factus eſt, non poſſit deſinere eſſe hæres *l. 88. ff. de heredib. inſtit.* nec prætor hæreditatem cuiquam dare vel adimere valeat *princ. Inſtit. de bonor. poſſ.* Poteſt tamen minor beneficio prætoris aſſequi, vt non habeatur loco heredis *argum. l. 12. de interrogat. in iure fac.* nec in effectu ſit hæres, quamuis nomen heredis nudum retineat.

Sicut autem minor, qui adijt heredi-

Digitized by Google

Qu. 73. *An cõtra omiſſionẽ & repudiationem hereditatis detur reſtitutio in integrum?*

tatem, reſtituitur vt eam repudiet, ita reſtituitur quod minor, qui omiſit hereditatem, vt eam adeat: *Minores viginti quinq; annis, non tantum in his, quæ ex bonis proprijs amiſerunt, verumetiam ſi hereditatem ſibi delatam non adierunt, poſſe in integrum reſtitutionis auxilium poſtulare, iam dudum placuit, ait Gordianus in l. 1. C. ſi vt omiſſam hereditatem.*

Et Dioclet. & Maximin. Impp. *ad bonorum poſſeſſionem, in paternis rebus omiſſam, minores in integrum reſtitutionis admitti beneficio, iam pridem placuit. l. 2. C. eod. tit.*

Sed hæc ita ſi omnia ſint integra: ſic Scæuola in *l. 4. §. 2. ff. de minorib. Scæuola noſter aiebat, ſi quis iuuenili ætate ductus omiſerit, vel repudiauerit hereditatem, vel bonorum poſſeſſionem: ſiquidem omnia in integro ſint, omnimodo audiendus eſt: ſi vero iam diſtractâ hereditate & negocijs finitis ad paratam pecuniam laboribus ſubſtituti veniat, repellendus eſt,* multoque parcius ex hac cauſa heredem minoris reſtituendum eſſe.

Quod ſi itaque res non amplius ſit integra, ſed res hereditariæ fuerint diſtractæ, ſiue à ſubſtituto, ſiue à creditoribus hereditarijs minori non amplius competere in integrum reſtitutionis beneficium, ſtatuit Scæuola, quam ſequitur Autor noſter.

Nec obſtat, quod cum diſtracta eſt hereditas, precia rerum fiant hereditaria, & precium ſuccedat in locum rei in vniuerſalibus *l. 22. & ſeq. ff. de petit. heredit.* igitur quemadmodum, rebus nondum diſtractis, poteſt minor reſtitui aduerſus omiſſionem aut repudiationem hereditatis, vt res ipſas conſequatur, ita & ijs diſtractis, reſtituendus eſt ad pretia ſaltem conſequenda.

Reſpond. Hoc, inquam, non obſtat, quia precium rei venditæ non tam ex re ipſa, quam ex negotiatione percipitur *l. venditor. ff. de hered. vel act. vendit.* quocirca poſt res hereditarias diſtractas finitaque negocia non debet audiri minor, ſi velit venire ad pecuniam partam laboribus ſubſtituti, vt Scæuola hic ait. *Anton. Fab. in dict. l. 24. §. 2.*

Sed huic, quod dixi, ſi res hereditariæ à ſubſtituto, poſt minoris repudiationem, diſtractæ ſunt, non amplius reſtitui minorem, vehementer aduerſatur *l. vltim. Cod. de repud. heredit.* vbi Iuſtinianus ſancit, vt ſi hereditariæ res ſint diſtractæ vel venditæ cum adhuc eſſet minor, tunc eum reſtitui in integrum poſſe, vt res recuperet.

Atque in hac lege concilianda cum *d. l. 24. §. 2.* valde laborant Interpretes noſtri, Antonius Faber ait Iuſtinianum in *d. l. vltim.* loqui de ſuo herede, cuius cauſa fauorabilior eſſe ſoleat & debeat, quam extranei, cum ſit ipſo iure heres etiam poſt abſtentionem *l. 30. §. ſed etſi ſuus. ff. de fideicomm. libert. l. neceſſarijs, 57. ff. de acquir. heredit. l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Paulum vero & Scæuolam in *dict. l. 24. §. 2.* loqui de extraneis, quibus magis conueniat vtrumque illud verbum *omiſerit*, vel *repudiauerit*. cum ſuus magis proprie dicatur abſtinere: proinde exiſtimat Antonius Faber, ſuum quidem heredem, etiam re non amplius integra, ſed rebus hereditarijs diſtractis poſſe ad hereditatem omiſſam reſtitui: extraneum vero heredem non item.

Sed loquitur *d. l. 24. §. 2.* generaliter & rationem quoque habet generalem, quæ æque ſuo, atque extraneo heredi conuenit: nam ad pecuniam, laboribus ſubſtituti partam, ſuum heredem admitti, æquum non eſt.

Franciſcus Duarenus exiſtimat Scæuolæ ſententiam in *d. §. 2.* referri duntaxat à Paulo & Iuſtiniano, non etiam probari idque ex his verbis: *Scæuola noſter aiebat.* Sed quod quædam in iure referantur,

rantur, quæ nec probentur, nec reprobentur, concedendum non puto. Vide quæ de hac re ſcripſi in *tract. de Author. iur. c.*

Donellus & Duarenus reſpondent *dict. l. 24. §. 2.* corrigi per *l. vltim. C. de repud. hered.* quia *d. l. vltim.* eſt noua conſtitutio, qua ius antiquum emendatum eſt: nam certum eſt, eam inſertam fuiſſe Codici poſt alteram Codicis editionem, vt inſcriptio hæc *poſt conſulatum Lampadij & Oreſtis*, ſatis indicat.

Ego ſic ſtatuo: olim neque ſuo, neque extraneo heredi omittenti hereditatem, rebus non amplius integris ſuccurſum fuiſſe per in integrum reſtitutionem, idque velle Paulum & Scæuolam in *dict. l. 24. §. 2.* verum Iuſtinianum hoc, quoad heredem ſuum, paternam hereditatem omittentem, emendaſſe in *dict. l. vltim.* eique reſtitutionem, etiam re non amplius integra, induliſſe: quoad extraneum vero heredem diſpoſitionem *d. l. 24. §. 2.* adhuc vigere ac locum habere, quoniam *d. l. vltim.* correctoria iuris veteris de hereditate duntaxat paterna, deque ſuo herede loquitur: de extraneo vero herede nil quicquam habet: quocirca locum hic habebit regula iſta: quod mutatum non eſt, cur ſtare prohiberetur? *l. præcipimus. C. de appellat.* Vera itaque eſt Authoris noſtri ſententia, aduerſus extranei hereditatem omiſſam & ab alio aditam, rerum diſtractione facta, minori in integrum reſtitutionem amplius non concedi.

Qu. 74. *Si minor, confecto inuẽtario adeat hereditatẽ vtrum reſtitui debeat?*

Si minor hereditatem adierit rite & legitime confecto inuentario, vtrum aduerſus hanc aditionem reſtitui debeat, quæſitum fuit?

Et videtur hoc prima fronte negandum, quia ſi minor inuentarium bene & vt decuit, conficiendum curarit, nulla iuris ſolennitate prætermiſſa, non poterit eſſe læſus: cum inuentarij hic ſit effectus vt heres, qui illud confecit, non teneatur vltra vires hereditarias *l. fina. Cod. de iure delib.* nec inuentarium ſuis, ſed hereditatis ſumptibus conficiat *dict. l. fin.*

Sed, hac ratione non obſtante, recte Baldus ſtatuit, poſſe & hunc minorem, qui cum inuentario adijt hereditatem, reſtitui, quoniam tali aditione lædi poteſt: quia etſi vltra vires hereditarias minor non teneatur, multis tamen negociorum difficultatibus inuoluitur: ſunt enim diſcernenda debita, penſandæ vires hereditariæ, & multa alia exquirenda, quæ totum requirunt hominem: at minori ſuccurri ſolet per reſtitutionem non ſolum, cum de eius bonis aliquid minuitur, ſed etiam quando ipſius intereſt, litibus & ſumptibus non vexari, *l. minoribus. ff. de minoribus.* Et in *l. quia poterat. ff. ad SC. Trebell.* dicitur poſſe aduerſus hereditatis aditionem reſtitui minorem, quantumuis locuples ſit hereditas, quia multis & infinitis implicita eſt moleſtijs & quas ipſe non niſi ſummo cum labore & inexplicabili cura, imo enormi damno accedente tractare poſſet.

Lit. C. Qu. 75. *Reſtitut^o aduerſus hereditatem repudiatã, an rurſus ad eam deſerendam reſtituatur?*

An porro reſtitutus aduerſus hereditatem repudiatam, pro eadem rurſus deſerenda reſtitutionem obtinere poſſit minor, quæſtio eſt? V. cauſa, alicui delata fuit hereditas, eam repudiauit ſeu omiſit; aduerſus hanc omiſſionem in integrum reſtitutionem petijt & impetrauit, poſtea rurſus pro deſerenda ea reſtitui ſe petijt, quæritur, an reſtitui debeat? Quæ quæſtio inſigni difficultate non caret, de ea vero quid ſtatuendum ſit, dixi ſupra in *theſi 1. lit. E. vbi vide.*

RESOLVTIO THESIS *Vndecima.*

Lit. A. Qu. 26.

SI heres minor 25. annis indebita ſoluerit legata, vtrumne aduerſus

An minor aduerſus ſolutionẽ legatorũ indebite ſolutorũ reſtituatur?

hanc ſolutionem implorare queat beneficium reſtitutionis in integrum? quæſtio valde intricata eſt.

Et quod competat aduerſus legata indebite ſoluta reſtitutio in integrum, aperte aſſeritur in *l. fina. Cod. ſi aduerſ. ſolut.* cuius legis verba hæc ſunt: *Indebito legato, licet per errorem iuris a minore ſoluto, repetitionem ei decerni, ſi necdum tempus, quo reſtitutionis tribuitur auxilium, exceſſerit, rationis eſt.*

At contra, quod reſtitutio in integrum minori hoc caſu non competat, videtur probare *l. 29. ff. de condict. indeb.* vbi minori, indebitum ſoluenti, tribuitur condictio indebiti: cum igitur communi iure tutus ſit, non dubitur ipſi extraordinarium in integrum reſtitutionis remedium *l. 16. ff. de minorib.*

Non placet quod ad hoſce conciliandos textus adfert poſt Iohannem Robertum Andr. Cludius *tract. de condict. indeb. cap. 5. num. 33.* quod videlicet *dict. l. 29.* loquatur de pupillo, qui iure communi munitus ſit: at *dict. l. 2.* loquatur de minore, qui obligetur & ideo in integrum reſtitutione indigeat.

Reſp. Nititur hæc ſolutio falſo principio.

Duarenus reſpondet, ſæpe accidere, quod condictio indebiti & aliæ actiones concurrant cum reſtitutione, & ideo abſurdum non eſſe, ſi idem & hoc in loco accidat: probat autem hoc exinde, quod tunc demum reſtitutio ceſſat, quando quis ipſo iure tutus eſt: at qui indebitum ſoluit, non eſt tutus ipſo iure, quia dominium amiſit ſolutione, & ita quoque Mauritius ſtatuit, eſſe in poteſtate minoris, vel reſtitutionem in integrum intentare, vel, ſi volet, condictione indebiti rem repetere, deinde ait, condictionem indebiti non competere cum quid errore iuris ſoluitur *l. error C. ad L. Falcid. l. cum quis Cod. de iuris & fact. ignorant.* At in eo caſu loquitur *d. l. 2. C. ſi aduerſ. ſolut.* quo legata aliena errore iuris ſoluta fuerunt, putaex teſtamento imperfecto, quod perfectum eſſe minor fuerit arbitratus.

Tertio reſpondent in *d. l. 29. ff. de condict. indeb.* minorem ſoluiſſe ſine tutoris authoritate: at in *l. 2. C. ſi aduerſ. vendit.* ſoluiſſe authoritate curatoris.

Sed media conciliatio mihi arridet: poſtrema non placet, ſiquidem dubium non eſt, quin minor, etiam tutoris authoritate indebitum ſoluens, habeat condictionem indebiti: niſi fortaſſis hoc velint, quod *dict. l. 29.* loquatur de vero debito, ſine authoritate tutoris ſoluto: ſed *dict. l. 2.* loquatur de indebito vero cum authoritate curatoris ſoluto: vt propterea hic ceſſet indebiti condictio; illic vero locum habeat, quoniam debitum ſine tutore ſolutum, pro indebito habeatur. Verum & huic interpretationi refragatur *d. l. 2.* quæ aperte loquitur de indebito legato ſoluto.

Mihi ſane non arridet illorum reſponſio, qui *d. l. 2. C. ſi aduerſ. ſolut.* de condictione indebiti interpretantur, vel de ea repetitione quæ fit per illam condictionem: nam refragantur verba eius legis finalia, quæ expreſſe de reſtitutione loquuntur; refragatur etiam ipſa rubrica, ſub qua poſita eſt iſta lex 2. quæ de reſtitutione, aduerſus ſolutionem, expreſſe loquitur. Idem dicendum eſt ſi ſoluat minor legata debita, ſed ſine legis Falcidiæ detractione.

Cum & hic ex errore iuris, quo minor ignorans ſibi competere beneficium reſtitutionis in integrum, exiſtimauit integra ſibi legata exſoluenda eſſe, ſolutio proceſſerit; idcirco, deficiente condictione indebiti, quam de eo, quod iuris errore ſolutum eſt, non competere, dictũ fuit, merito in integrum reſtitutio de *Lit. B.*

co-

Digitized by Google

eo, quod ex lege falcidia detrahi potuiſſet, conceditur.

Lit. C. Qu. 77. An minor reſtituatur aduerſus ſolutionẽ authoritate tutoris factam?

Debitorem minoris, ſi ſine tutore vel curatore ſoluat, liberari quidem ab obligatione, quia prius minori tenebatur, ſed ſi pecuniam male conſumpſerit, ac perdiderit minor, denuo ipsũ cõueniri poſſe, Iuſtinian. in §. *Nunc admonen li. Inſt. quib. alien. licet vel non.* & in *l. Sancimus. C. de admin. tut.* aperte ſanciuit. Quod ſi authoritate curatoris minori ſolutio fuerit facta, quamuis ab omni obligatione debitor eximatur; ſi tamen eam pecuniam minor perdiderit, ſubueniatur ei reſtitutione in integrum.

Id quod claris & perſpicuis verbis expreſſum eſt in *l. 1. C. ſi aduerſ. ſolut. Exemplo caeterorum debitorũ tutores etiam, quae ex adminiſtratione tutelae debent, curatoribus ſoluẽtes, liberãtur: ſed ante tempus in integrum reſtitutionis praeſtitum, edicto perpetuo permiſſum beneficium implorari & an ſit tribuẽdum per cauſae cognitionẽ aeſtimari poteſt.* Et ꝙ minores etiam aduerſus ea, quae tutoris authoritate, vel curatoris cõſenſu geſta sũt, reſtituantur, ſatis abundeq; relucet ex *tot. tit. Cod. ſi tutor vel curator interuenerit.*

Non obſtat huic, quod tutor vel curator in adminiſtrãdis pupillorum & adultorum rebus pro dominis habeãtur *l. qui fundũ §. ſi tutor. ff. pro empt. l. tutor, qui tutelã ff de admin. tut. l. 56. § 4 ff. de furt. l. qui neq; §. 1. ff. de reb. cor. l. 4. §. quae in tutore ff. de doli mali & met. except.* Atqui tutor maior ſit, cui reſtitutio in integrum non competit *l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. de minorib.* Igitur nec debet reſtitui in eo, quod geſſit tutore auctore, tanquam re à tutore geſta, qui pro domino habebatur.

Reſp. Etenim, quod dicitur, tutores & curatores in rerum minoris adminiſtratione pro dominis haberi, hactenus eſt verum, dum proſint minoribus, nõ cum noceant: dati quippe ſunt tutores ad tuendum *§. 1. Inſt. de tutel.* curatores ad curãdum *pr. Inſt. de curator.* Nihil autem tam contrarium eſt tutelae vel curae, quam h[...] qui in tutela vel cura ſunt, noceri. Atq[...] huc pertinet illud, ꝙ id quod ſalubrit[...] ad vtilitatem & fauorem aliquorũ intr[...] ductum eſt, hoc nõ debere ad eorum la[...] ſionem & incommodum conuerti *l. Nu[...] la. ff. de legib. l. quod fauore C. eod.*

Non obſtat praeterea quod tutoris au[...] ctoritas eo ſaltem fine adhibeatur, vt rem confirmet cũ minore geſtam: iam itaq[...] ſi reſcinderetur res geſta per in integr[...] reſtitutionem, fruſtra & ſine effectu vll[...] interponeretur tutoris authoritas.

Hoc, inquam, non obſtat: etiam ſi enim minoribus contra ea, quae auctoritate curatoris vel tutoris geſſerunt, ſubueniatur per in integrum reſtitutionẽ, non tamẽ fruſtra illam auctoritatem interueniſſe, dici poteſt: quia haec interueniens ſemper hoc praeſtat, vt ipſo iure valeat ꝙ geritur, quod alioquin non valeret *Inſt. de auctor. tut. l. 3. C. de in integ. reſt.* quodq; ideo iure valens reſcindi non poſſet, quamuis minoribꝰ laeſis, niſi poſtulata in integrũ reſtitutione, idque intra tempora ad eam rem conſtituta. Quin & ſi minores laeſi nõ fuerint hoc praeſtat adhibita curatorũ auctoritas, vt non poſſit vnquam, quod geſtum eſt, reſcindi *Donell. 21. comm. 10.*

Quocirca relinquitur, etiam cõtra id, quod curatori vel tutori minorum ſolutum eſt, reſtitui minores in integrum, ſi exinde laeſi fuerint vel circũſcripti. Quod ſi iudicis ſentẽtia & decretum acceſſerit, eoq; intercedẽte ſolutio minori fuerit facta, pleniſſimam liberationem conſequi debitorem, nec aduerſus eam reſtitutionem minori concedi vllam explorati videtur eſſe iuris.

Sic enim Iuſtinianus in *d. § Nunc admonendi. Inſt. quibus alien. licet vel non. Ideoque ſi debitor pupillo ſoluat, neceſſaria eſt debitori tutoris authoritas: alioquin non liberabitur. Sed hoc etiam euidentiſſima ratione ſtatutum eſt in cõſtitutione quam ad Caeſarienſes aduocatos ex ſuggeſtione Triboniani viri eminen-*

tiſſimi Quæſtoris ſacri Palatij noſtri promulgauimus, qua diſpoſitum eſt, vt liceret tutori vel curatori debitorem pupillarem ſoluere, vt prius iudicialis ſententia, ſine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo ſubſecuto ſi & iudex pronunciauerit & debitor ſoluerit, ſequatur huiuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas.

Conſtitutio vero, ad quam ſeſe refert Iuſtinianus, extat in *l. Sancimus 25. C. de admin. tut.* vbi idem ad plenam debitoris pupillaris liberationem, præter tutoris & curatoris autoritatem, deſiderat iudicis decretum ſeu ſententiam.

Cum itaque pleniſſimam ſecuritatem huiuſmodi ſolutio debitori pariat; ſequitur quod aduerſus eam reſtitutio in integrum non concedatur.

Confirmat hoc ipſum quoque Vlpianus in *l. ait. §. 1. ff. de minorib.* *Etſi*, inquiens, *prætor decernat pecuniam ſoluendam ſine curatoribus, idque tum faciat, cum debitor allegaſſet minorem eſſe, qui peteret, nihil debitori imputandum, ſi hoc modo compulſus ſoluerit, nec minorem in integrum reſtitui volentem, audiendum. Et recte: quid eſt enim quod imputari poßit ei, qui etiamſi vellet, aliter facere non potuit?*

Verum huic ſententiæ reſiſtere videtur, quod aduerſus alienationem rerum minoris, factam ex decreto & ſententia iudicis, detur in integrum reſtitutio, ſi exinde minor læſionem aliquam ſenſerit *l. 2. C. de fid. min. l. ſiquidem. Cod. de præd. minor.*

Sed recte ad hoc reſpondetur, aliam hîc eſſe rationem ſolutionis, & aliam venditionis: nam contra venditionem ſeu alienationem rerum pupillarium reſtitutio ita fit, vt vnuſquiſque ius ſuum recipiat & reddatur precium emptori, qui fundum ipſum cogitur emptori reddere *leg. quod ſi minor 24. §. reſtitutio l. 27. §. ſi pecuniam. ff. de minor.* At in propoſito, ſi daretur reſtitutio minori aduerſus ſolutionem ei, prætore iubente, factam, pecuniæ poſtea deperditæ in damno remaneret is, quem prætor ſoluere coegiſſet, quod eſſet iniquum.

Præterea venditio aut alia alienatio prædiorum minoris prætor dûtaxat permittit, non etiam iubet: at ſolutionem, de qua agimus, non modo permittit, ſed etiam iubet fieri minori ſine curatore. Nam & is, qui minoris debitor eſt, neceſſe eſt vt ſoluat minori, ſed vt fundum minoris emat, aut aliter ſibi acquirat, etiam cum decreto, nunquam eſt neceſſe. Antonius Faber ad *d. l. 7. §. 2.* & Iohannes Mauritius loco allegato.

Ex his, quæ hactenus dicta ſunt colligunt interpretes, liberationem, quæ ſolutionem ſequitur, eſſe plenam, pleniorem, pleniſſimam.

Plenam liberationem, aiunt, ex ſolutione illa exurgere, quæ facta ſit abſque decreto iudicis, & ſine autoritate vel cõſeſu tutoris aut curatoris, quia licet debitor nõ eximatur obligatiõe, poſſit tamẽ, q̃ ita ſoluit, minori ſe exceptiõe tueri aduerſus minorẽ, ſi adhuc ſalua ſit pecunia.

Pleniorem verò, quæ inducatur ex ſolutione, cõſenſu curatoris, vel tutoris authoritate facta, eo q̃ ab omni obligatione eximatur, ſic tñ vt aduerſus debitorem in integrum reſtitutio cõpetat, ſi minor pecuniã perdiderit vel male cõſumpſerit.

Pleniſſimam vero liberationem & ſecuritatem ex ea ſolutione reſultare, quæ ſit facta minori, accedente decreto iudicis & authoritate tutoris vel curatoris; cum hæc, ne quidem in integrum reſtitutione, reſcindi poſſit.

Sed recte Duarenus & Mauritius hãc diſtinctionẽ improbant, quia non poteſt dici plene ille liberatus, qui obligatione non eximitur. At non eximi eum obligatione, qui ſine tutoris authoritate & iudicis decreto ſoluit, ipſi fatẽtur Interpp. & Iuſtin. expreſſe teſtatur *d. §. admonenti.*

Præterea refragatur aperte textus *d. §. admonendi.* vbi dicitur quod, ſi debitor pupillo ſoluat, neceſſaria ſit debitori tutoris

voris minoritas, alioqui (ait Iuſtinianus) NON LIBERABITVR.

RESOLVTIO THESIS *Duodecima.*

Lit. A. Qu. 79. An aduerſus præſcriptionē detur reſtitutio?

PRæterea cauſis illis, aduerſus quas reſtitutio in integrum minori non eſt neceſſaria, annumerantur quoque *præſcriptio*, aduerſus quam regulariter minor non reſtituitur, quia ipſo iure aduerſus eam munitus eſt. Pro qua ſententia eſt apertus textus in *l final. Cod. in quib. cauſis in integr. reſtitur.* vbi ita Iuſtinianus: *Sancimus fauore imperfectæ ætatis exceptionem non numeratæ pecuniæ ab initio minoribus nō currere; dum in integrum reſtitutionem expectamus aliquod emergat obſtaculum, per quod huiuſmodi beneficio minor vti non poßit vel ſubſtantia eius ſubuertatur. Sed humanius eſt latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus caſibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales præſcriptiones aduerſus minores conceſſerunt, per in integrum autem reſtitutionem eis ſubueniebant, eas ipſo iure non currere: melius enim intacta eorum iura ſeruari, quam poſt cauſam vulneratam remedium quærere, videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in ſuo ſtatu remanentibus.*

Ecce hîc Imperator Iuſtinianus diſerte cauet, minorum bona aduerſus longi temporis præſcriptionem ipſo iure eſſe tuta, adeoque ad tuenda ea nil penitus opus eſſe in integrum reſtitutione *arg. l. 16. ff. de minoribus.*

Cur autem reſtitutio aduerſus contractus aliaque minoris negotia detur, aduerſus præſcriptiones vero temporales non item, ratio hæc eſſe videtur, quia præſcriptiones hæ temporariæ cum ex quodam iuris rigore proficiſcantur, & odioſæ quodammodo ſint, ideo contra has non opus ſit reſtitutione, ſed minores aduerſus eas illæſi cōſeruentur. Durū enim eſt aliquem ſolo tempore lapſu iure ſuo priuari. Duarenus ad *d. l. fin. Cod. in quib. cauſ. reſtit.*

His obiicitur *l. vnica Cod. ſi aduerſ. vſucapionem*, vbi Imperatores Diocletian. & Maximin. *Contra eos*, inquiunt, *qui res minorum tenent, ſi vſucapione dominium acquiſierint, reſtitutionis auxilium eis deferri debet.* Idemque & Calliſtratus in *l. 45. ff. de minoribus.* confirmat.

Sed recte Duarenus diſtinguit inter præſcriptionem & vſucapionem: hæc quippe ſunt diuerſiſſima: vſucapio enim eſt acquiſitio dominij *l. 3. de vſucap.* præſcriptio autem eſt exceptio temporis. *tot. tit. de except. & præſcript.* Fauorabiliorem vero eſſe vſucapionem ait, quam præſcriptionem propter bonam fidem, quæ in vſucapione intercedit, in præſcriptione nō item. Obiicitur præterea *l. Aemylius 38. ff. de minor* in qua dicitur, minorem reſtitui aduerſus præſcriptionē temporariā.

Reſpondet Duaren. eam *l. 38.* loqui de præſcriptione quæ ex conuentione contrahentium naſcitur, quæ longe eſt fauorabilior, quam ea quę ex ſolo rigore iuris proficiſcitur, æquum enim eſt ſeruare id, quod conuenit inter contrahentes: vnde & recte vulgo diſtinguitur conuentionalis præſcriptio à legali: cōuentionalis n. eſt, ſi fundus ematur eâ lege, vt niſi ſoluatur intra 2. menſes, is ſit inemptus, ſi poſt 2. mēſes offerā pretiū, remouebor cōuentionali præſcriptione, qua cōuenit, vt res ſit inempta, ſi intra 2. mēſes precium nō ſoluerim & de hac eſt *d. l. 38.* legalis autem eſt, quæ à rigore ipſo legis proficiſcitur, de qua præſcriptione in præſētia loquimur.

Rectius reſponderi puto, per *d. l. fin. C. in quib. cauſ. reſtitut.* expreſſe emendari ac tolli adductam *l. 38.* vt & alias, quę in integrum reſtitutionem aduerſus temporalem præſcriptionem currere negant.

Obiicitur præterea *l 3. §. Et ſi heres. ff. de minoribus.* vbi proponitur heres inſtitutus filiusfam. ſub cōditione *ſi emancipatus eſſet*: is non effecit, vt emāciparetur & ideo cum.

cum non eſſet emancipatus, amiſit hereditatẽ, reſtituitur nihilomin⁹ in integrũ.

Sed idem hîc quod ad præcedentem *l.38.* reſpondendum eſt: præſcriptionem hanc non eſſe legalem, ſed ex teſtamento naſci & fauorem teſtamenti exigere, vt defuncti voluntas ſeruetur. Sed *d.l. final.* pertinere ad præſcriptionem, quæ ex ſola rigore iuris proficiſcitur.

Recte igitur Autor noſter, diſtinguit inter præſcriptionem legalem & conuẽtionalem, ſic vt aduerſus illam nunquam detur reſtitutio in integrum: contra hác vero detur regulariter, cuius diſtinctionis ratio iam modo expoſita fuit, hæc nimirum, quod legalis præſcriptio magis ſit odioſa quam conuentionalis.

Cæterum ſunt quidam caſus, quibus præſcriptio quoq; legalis currit aduerſus minores, & quidem ita, vt non detur cõtra eas minoris in integrum reſtitutio.

Primus eſt in præſcriptione ſexaginta dierum, quæ poſt illos dies exactos obiicitur marito nunc primum vxorẽ adulterij accuſanti: hoc quippe tempus placuit etiã aduerſus maritum minorem cedere *l. Auxilium. ff. de minor*, vbi huius denegatæ in integrum reſtitutionis rationẽ reddit ICtus, hác videlicet, ꝙ cum maritus poſt ſexaginta dies, qui illi lege dati erãt ad accuſandum, vxorem accuſare poſtulat, declaret ſe calumnię cauſa eam accuſationẽ inſtituere: nam ſi non calumniaretur, egiſſet intra conſtitutũ tempus vbi recens dolor citius accuſationem exprimere debebat: quod ſi igitur calumniatur & nũc reſtitutionem ad eam accuſationẽ poſtulat vere dicitur, eum nihil aliud, quam veniam huius calumniæ inducendæ ſibi concedi poſtulare.

Secundus caſus, quo præſcriptioni nõ obiicitur reſtitutio, ſed præſcriptio vires habet ac ſuſtinetur eſt in præſcriptione, quæ obiicitur agenti poſt quinquẽnium de ſtatu defuncti: quinquennio ad eam actionẽ legibus præfinito, placet minorem, ſi intra id tempus non egerit, nõ ſolum poſtea agentem iure cõmuni excludi, ſed nec vt ſibi agere liceat, reſtitutione in integrum cõſequi poſſe *l. ſi mater. C. Ne de ſtatu defunct.* Hoc vero ius in hac ſpecie præſcriptionis ſingulare, aduerſus minorem, qui nihil deliquerit, expreſſit fauor libertatis *l. libertas omnibus. de Reg. Iur.*

Tertia præſcriptio, quę non poteſt reſtitutione in integrũ minoris euerti, eſt præſcriptio triennij, qualis à minore per curatores tutoresue inſtituta nõ eſt. Hoc triennio trãſacto, minor cauſa cadit *l. properandum. §. vlt. C. de iudic.* Hoc ius ſingulare eſt inductum contra regulam iuris communis *l.3. C. ſi tutor vel curat. interuen.* conſtitutum bono publico, vt litium aliquis ſit finis *l. vlt. ff. pro ſuo.*

Poſtremo fallitur Duaren⁹ in eo, quod exiſtimat conſtitutionem *d.l. fin. C. In quibus cauſ. in integr. reſt. non eſt neceſſ.* non pertinere ad præſcriptiones, nouo iure poſtea introductas, & hac ratione quod *d. l. final.* expreſſe loquatur de iis caſibus, in quibus vetera iura currere temporales præſcriptiones aduerſus minores cõceſſerunt: atque ita verba *d. conſtitutionis.* referantur ad præſcriptiones iure veteri inductas, ac ꝓpterea nõ poſſint intelligi de his quæ nouo iure & ſtatutis vel conſuetudinibus poſtea ſunt introductæ.

Reſp. Etenim leges non ſolum pręteritis negociis, ſi de iis expreſſe fuerint ſcriptæ, ſed & nouis formam dare ſolent *l.7. C. de legib.* Et leges poſteriores ad priores quoque referuntur, & ex iis interpretationem recipiũt, niſi aperte ſint prioribus & antiquiorib. contrariæ *l.26. & ſeqq. ff. de legibus*, quocirca, ſi lege noua, aut nouo ſtatuto præſcriptio aliqua introducta fuerit, ad eam quoque conſtitutio *d.l. fin.* referri & accommodari debet.

Excludit præterea reſtitutionem in integrum interdum perſona eius, aduerſus quem ea poſtulatur, talis eſt minor 25. annis. Etenim minori læſo aduerſus læſum *Lit. B.* Qu. 80. *An minor aduerſus*

nulla

Digitized by Google

minorem restituatur?

nulla in integrum reſtitutio eſt. Et quidem Pomponius, referente Vlpiano in *l. 11. § final. ff. de minorib.* ſimpliciter & indiſtincte negabat reſtitutionem aduerſus minorem minori competere; cuius ſententia primo iſta defenditur ratione, quod priuilegiatus contra priuilegiatum ſuo priuilegio non vtatur: vterque vero minor ſit priuilegiatus: proinde vnus aduerſus alterum priuilegio ſuo vti nõ poſſit. *l. 38. ff. de excuſat. tut.*

Accedit præterea & hæc ratio, quod ſi minor, qui à minore pecuniam acceperat, eam pecuniam perdiderit, dilapidauerit aut male conſumpſerit, adeoque vterque læſus ſit & qui dedit pecuniam, & qui accepit, melior eſſe debeat conditio eius, qui pecuniã perdidit, prout ipſe quoq; Vlpianus cum Pomponio in *d. l. 11.* fatetur, quoniam is, qui pecuniã accepit, & perdidit eſt debitor: ſemper autem in pari cauſa potior debet eſſe poſſidentis, & eius, cum quo agitur *l. in pari, l. fauorabiliores. ff. de Reg. Iur.*

Quod ſi vero ille minor, qui pecuniã accepit, eam non perdidit, neq; tunc dari in integrum reſtitutionem videtur; non ipſi, qui accepit pecuniam, quoniam læſus non eſt, non etiam alteri, qui pecuniã dedit, quia iure cõmuni tutus eſt aduerſus minorem, cui pecuniam dedit: ſiquidem hic, qui pecuniam ſaluam habet, aut non male conſumpſit, iure communi tenetur, vt alius debitor quilibet, nec iuuatur per reſtitutionem cum læſus non ſit, qui è contrario factus eſt locupletior.

Veruntamen, hac ratione non obſtãte, Vlpianus contra Pomponium ſtatuit, non indiſtincte minori aduerſus minorẽ denegari reſtitutionem, ſed tunc demũ, quando par eſt vtriuſque minoris ratio: ita enim ſcribit in *d. §. penult.* Item quæritur, ſi minor aduerſus minorem reſtitui deſiderat, an ſit audiẽdus, & Pomponius ſimpliciter ſcribit, non reſtituẽdum. Puto autem inſpiciẽdum à prætore quis captus ſit: proinde ſi ambo capti ſunt; ve[rbi] gratia minor minori pecuniam ded[it] & ille perdidit, melior eſt cauſa, ſecund[um] Pomponium eius, qui accepit & vel dilapidauit, vel perdidit.

Accedit Vlpiano & Paulus in *leg. 34. ff. de minorib. Si minor*, inquiens, *viginti quinque annis filiofamil. minori pecuniam credidit melior eſt cauſa conſumentis, niſi locupletior ex hoc inueniatur litis conteſtatæ tempore is qui accepit.*

Nec obſtãt quæ pro Pomponij opinione ſupra adducta fuerunt: nam quod dicebatur, priuilegiatum cõtra priuilegiatum vti ſuo priuilegio non poſſe, id ad ei[um] caſum accõmodari nequit, quo accipiẽ[s] pecuniam vel habet adhuc ſaluam, vel e[am] non male conſumpſit, ſed bene collocauit: hic ſiquidem, quoniam læſus nõ eſt, non gaudet priuilegio ætatis, vt quod nõ ſimpliciter minori, ſed minori læſo tribuatur, proinde hoc caſu in integrum reſtituetur minor, qui pecuniam dedit quique ſolus priuilegiatus eſt, aduerſus minorem non priuilegiatum.

Nec etiam alterum argumẽtum quicquam ad rem facit, tametſi enim eo caſu, quo minor pecuniam non perdidit, regulariter minor pecuniæ creditor iure communi ſecurus ſit & creditum à minore recuperare poſſit: ſunt tamen caſus non pauci, quibus iure communi aduerſus minorem locupletiorem nõ iuuatur, vt ſi minor vẽdiderit minori rem immobilem cum decreto, precio ducentorum aureorum quæ 300, digna erãt, læſus hic fuit venditor, non emptor, nec tamen iure communi ſuccurritur venditori, quoniam non eſt vltra dimidium iuſti precij læſus; proinde indiget reſtitutione in integrum, qua etiam ipſi ſuccurritur Ant. Faber in *Rational. ad pand. in l. 11. §. penult. ff. de minor.* Item ſi minor minori filiofamilias pecuniam credidit, & hic pecunia iſta locupletior factus eſt, quoniam creditori obſtat SC. Macedonianum, quominus

iure communi recipere queat pecuniã; idcirco reſtitutione in integrũ opus habet, qua & iuuari ipſum ſcribit Paulus in *d.l.34.ff.de minorib.* Aliud exemplum adducit Cuiacius ex *l.1.C.ſi maior fact.rat.* His igitur & conſimilibus caſibus reſtituetur minor aduerſus minorem locupletiorem redditum.

Lit. C. Qu. 81. *An minor aduerſus delictum ſuum reſtituatur?*

Minori porro aduerſus delictum, dolo ipſius perpetratum, non ſuccurritur: ita Vlpianus in *l.9.§.2.ff.de minorib.* *Nunc videndum*, ait, *minoribus vtrum in contractibus captis duntaxat ſubueniatur, an etiam delinquentibus, vtputa, dolo aliquid minor fecit in re depoſita vel commodata vel alias in contractu, non ei ſubuenietur ſi nihil ad eum peruenit? Et placet in delictis minoribus non ſubueniri: nec hic itaq; ſubuenietur. Nam etſi furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei ſubuenietur.*

Et in *l.37.eod.* Triphoninus ſcribit: *In delictis minorem viginti quinque annis nõ mereri in integrum reſtitutionem, niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit.*

Et Seuerus atque Antoninus Imperatores in *l.1.C.ſi aduerſ.delict.* in criminibus, inquiunt, ætatis ſuffragio minores non iuuantur; etenim malorum mores infirmitas animi non excuſat.

Aſſentiuntur his quoque Dioclet. & Maximin. in *l.2.eod.* in delictis neminem excuſari reſcribentes.

Iidemq; minoribus, aiunt, errantibus, non etiam fallẽtibus publica iura ſubueniunt in *l.2.C.ſi minor ſe maiorem dixer.*

Et ratio huius ea eſt, quam Imperatores in *l.3.C.eod.titul.ſi minor ſe maior dixer.* exprimunt, quod malitia ſuppleat ætatem, atque ita delinquẽs non pro minore, ſed pro maiore habeatur: maiori autem non ſubueniatur reſtitutione in integrum *l.1.& 3.ff.de minor.*

Poteſt & hæc ratio dari, quod minoribus, ſua duntaxat facilitate iudiciique imbecillitate læſis & circumuentis ſuccurratur per in integrum reſtitutionem: at minor, dolo malo & malitia quadam delinquens, non poteſt dici imbecillitate iudicij lapſus.

Addi & hæc ratio poteſt, quod fruſtra imploret legis auxilium, qui contra legẽ delinquit; & delinquens non fauore nec beneficio, ſed odio potius & pœna ſit dignus *arg l.31 ff.depoſiti.*

Nec hic diſtinguendum cenſeo inter delicta maiora & grauiora & delicta atrociora, quaſi in illis concedatur in integrũ reſtitutio minori: in his vero eadem minori denegetur.

Quandoquidem in minoribus delictis non minus, quam in atrocioribus rationes adductæ locum ſibi vindicant.

2. Sunt deinceps textus ex *l.1.& C.ſi aduerſ.delict.* generales atque in criminibus indiſtinctè in integrum reſtitutionem minoribus denegant: & ſane ſi inter grauiora & leuiora delictá diſtinguẽdũ ſic eſſet, proculdubio id monuiſſent Imperatores ſub eo titulo, in quo de reſtitutione in integrũ aduerſus delicta minorũ ex profeſſo tractarũt: nec leue peccatum eſſet, Imperatores quæſitos, vtrũ aduerſus delicta reſtituãtur minores? reſpõdiſſe generaliter, nõ reſtitui, ſi aduerſus quędam, leuiora videl. reſtituerentur.

3. Poſtremo, quod aduerſus delictũ furti, vel damni iniuria dari non ſubueniatur minori, expreſſe teſtatur Vlpianus in *d.l.2.§.9.ff.de minor.* At hæc delicta ſunt priuata & leuiora, pecuniariam duntaxat, adeoq; leuiſſimam coercitionem habẽtia. Quinimo ibidem aſſerit ICtus, aduerſus dolum, in contractibus admiſsũ, qui tamen delictum leuius eſt, non dari reſtitutionem.

Neque his aduerſatur *l. Auxilium.37.ff.de minor.* dum ibi Triphonius ait, *In delictis minorem annis viginti quinque non mereri in integrum reſtitutionem, VTIQVE ATROCIORIBVS*, quibus verbis pri- generaliter dictum ad delicta atrociora reſtrin-

reſtringere & perſpicue ſignificare videtur, in non-atrocioribus delictis reſtitutionem in integrum concedi.

Reſpond. Recte enim Cuiacius, eundemque ſecutus Giphanius reſpondent, particulam V T I Q V E hîc idem ſignificare quod M A X I M E, ſicvt velit Vlpianus, quod etſi in omnibus delictis reſtitutio deficiat, pręcipue tamẽ ceſſet in delictis grauioribus & atrocioribus: cui interpretationi patrocinantur cũ textus, tũ rationes ſupra adductę, quibus perſpicue euincitur, quod nõ modo in criminibus grauioribus, ſed leuioribus quoque reſtitutio denegetur.

Non obſtat præterea, quod aduerſus inficiationem damni dati, in iudicio factã minor reſtituatur in integrũ *l. 9. §. 2. verſic. ſed ſi. ff. de minor.* inficiatio autẽ iſta ſit delictum *arg. §. 1. Inſt. de pœn. temp. litigãt.* Igitur aduerſus delictum quoq; detur reſtitutio in integrum.

Reſp. Nam etſi inficiatio, dolo malo facta, ſit quoddam delictum, & alias à maiore dolo facta cenſeatur; in minore tamẽ creditur potius ex ſimplicitate & imprudentia, quam ex dolo profecta. Quin etiam ex iuris ignorãtia potuit inficiatio eſſe nata eò quod neſciuerit minor illicitum eſſe, damnum datum inficiari. Contra ignorantiam vero datur minori reſtitutio in integrum *arg. l. 9. ff. de iur. & fact. ignor. Duaren.*

Non aduerſatur præterea *l. 2. C. ſi aduerſ. delict.* vbi mater, quæ nõ petiit liberis tutorem, adeoque deliquit & hanc pœnam promerita fuit, vt ſucceſſione & hereditate liberorum priuaretur, in integrum reſtituitur.

Reſpondet enim Antonius Faber, mulierem illic non reſtitui in integrum, ſed illæſam ab initio ſeruari, quia lex ob hanc ipſam cauſam de maioribus mulieribus locuta fuerit, ne minores tenerẽtur, quæ ratio etiam exprimitur in ea *l. 2.* Duarenus reſpondet mulierem minorem, liberis tutorem non petentem, in integrum reſtitui, vt admittatur ad ſucceſſionem & hereditatem liberorum, quia credatur ex leuitate quadã mulieris magis, quam ex malitia id actum eſſe, proinde facile ignoſci mulieri. Adde quod minori ſuccurratur in delictis ex iuris ignorantia proficiſciẽtibus: at fieri poteſt vt mulier minor non petierit liberis tutorem, quia ignorauerit iure hoc ſibi incumbere vt petat liberis tutorem.

Quocirca obſtaculis hiſce remotis, relinquitur ꝙ in integrum reſtitutio aduerſus delicta minoribus non concedatur.

Sic enim non puto, quoad propoſitum, recte diſtingui inter delictum dolo malo commiſſum & delictum lata culpa perpetratum, vt aduerſus illud reſtitutio minori denegetur, aduerſus hoc vero concedatur: ſiquidem in delictis lata culpa pro dolo habetur, vt prolixe oſtendi ſupra ſub *diſputat. 8. th. 7. lib. C.* nec dolo caret is, qui latam culpam cõmittit *l. quod Nerua ff. depoſiti.*

Vt taceam quod malorũ mores infirmitas animi non excuſet, vt elegãter ſcribunt Impp. in *l. 1. C. ſi aduerſ. delict.* Ad maiores autem mores recte lata culpa refertur, vt quę fraudis non ſit expers, dicente ICto in *d. l. quod Nerua. ff. depoſiti.*

Nec obſtat *l. 1. Cod. ſi aduerſ. delict.* vbi dicitur, quod ſi delictum non ex animo, ſed extra veniat reſtitutionem in integrũ concedi.

Hoc quippe ad latam culpam non poteſt accommodari: hæc enim ex animo, non extra animum venit *argum. d. l. 32. ff. depoſiti.* vnde ex hoc ipſo quoque fundamento firmiter concludi exiſtimo, aduerſus delictum, lata culpa commiſſum, non dari in integrum reſtitutionem.

Sic etiam non obſtat, quod aduerſus dolum præſumptum minor reſtituatur. *l. 8. ff. de minorib.* lata autem culpa ſit dolus præſumptus *l. quod Nerua. depoſit.*

Reſp. Prius enim negandum eſt, nec

probatur *d.l 8.* quinā enim verus ſit iſtius l. intellectus, mox dicetur.

Siue itaque magnum & atrox, ſiue leue ſit delictum, & ſiue ſit dolo, ſiue lata culpa commiſſum minoribus in integrum reſtitutionem denegari veriſſimum iudico.

Rectiſſime vero diſtinguitur ex *d. l. 1. C. ſi aduerſ. delict.* vt ſi delictum ex propoſito atque animo deliberato, quod Imperator ex animo venire dicit, proficiſcatur tunc, vt hactenus oſtenſum, reſtitutio ceſſet: ſin vero delictum admiſſum ſit ſine dolo & culpa, & tantum negligentia ac imprudentia, ſine delinquendi animo & propoſito, non denegetur in integrũ reſtitutio. Exemplum eſt in damno iniuria dato: nam hoc delictum etiam leui & leuiſſima culpa committitur, adeo vt nec imbecillitas nec imperitia delicti huius ſit expers *l. 44. Digeſt. ad l. Aquilian.* aut veniam mereatur: quocirca ſi a minore admiſſum fuerit, datur in integrum reſtitutio.

Nec reſiſtit huic *l. 9. §. 2. ff. de minorib.* in qua dicitur minorem aduerſus delictum damni iniuria dati non reſtitui: quod prædictis e diametro repugnare videtur.

Reſpondetur enim *dict. §. 2.* expreſſe loqui de delicto dolo admiſſo: Proinde ſic demum denegari minori reſtitutionem aduerſus damnum iniuria datum, ſi dolo malo, aut lata culpa, quæ dolo cõparatur, id fuerit datum atque ita ex animo profectum.

Lit. D. Qu. 82. *An minor ob veram cõtumaciam reſtituatur?*

Sed an minor aduerſus veram contumaciam reſtituatur, ſane expeditum non eſt: affirmat Autor noſter: negat contrà communis interpp. Schola, cuius ſententia his nititur fundamentis.

1. Minor aduerſus dolum non reſtituitur, vt hactenus demonſtratum eſt: atqui contumacia vera eſt cum dolo cõiuncta *leg. 199. de Regul. Iur.* vbi Iauolenus; Non poteſt, inquit, dolo carere qui imperio magiſtratus non paruit; proinde non reſtituitur minor contra veram contumaciam.

2. Aduerſus delictum minor non reſtituitur, ſi ex animo venit *l. 1. & tot. tit. Cod. ſi aduerſ. delict.* Atqui delictum eſt cõtumacia *l. Contumacia. ff. de R. Iudic.* proinde aduerſus veram contumaciam minor non reſtituitur. Sed pro Autoris ſententia quod videlicet poſſit in integrum reſtitui minor contra veram contumaciam, facit inprimis *l. 8. ff. de minor. Minor, etiamſi quaſi contumax condemnatus ſit, in integrum reſtitutionis auxilium implorabit,* ait ibi Hermogenianus.

3. Inſuper pro hac opinione facit, quod vere contumax minor ante ſententiam non dicatur *l. 54. ff. de re iudicata. l. penult. C. ſi aduerſ. rem iudic.* ſed tum demũ contumax dicatur, quando ſententia iudicis contumax fuerit pronunciatur: contra ſententiam vero iudicis detur reſtitutio minori *tot. tit. C. ſi aduerſ. rem iudicat.*

4. Facit denique huc etiam hæc ratio, quod aduerſus præſumptum dolum detur in integrum reſtitutio: contumacia vero non in ſe habeat verum, ſed præſumptũ duntaxat dolum, ſecundum tradita Bartoli in *d. l. 8. ff. de minoribus.*

Cæterum ego, ſaluo aliorum iudicio, ſic ſtatuo, aduerſus veram propriamque contumaciam non dari in integrum reſtitutionem; idque fundamẽta ſupra adducta ſoliduſſime ſtabilire exiſtimo.

Nec obſtat *d. l. 8. ff. de minoribus.* Nam ad eam recte Antonius Faber reſpondet, minorem vere ac proprie non eſſe contumacem per *l. 54. Digeſt. de re iudic.* vbi Paulus ita ſcribit: *Contra pupillum indefenſum eumque qui Reipublic. cauſa abeſt, vel minorem 25. annis propoſitum peremptorium nihil momenti habere.* Vnde & Hermogenianum, ait, in *dict. leg. 8.* loqui de QVASI CONTVMACE, & tamen ſi fuerit condemnatus rei iudicatę authoritatem facere, vt ſit ei neceſſaria reſti-

Digitized by Google

reſtitutio; quia poſtquam iudicatum eſt, non quæritur qua ratione, ſed quid iudicatum ſit: verum itaque eſſe minorem condemnatum, proinde eſſe ſententiam reſcindendam per reſtitutionem in integrum, quia per appellationem non poſſit reſcindi, cum is qui contumax eſt nunquam auditur appellans *l.1.l.4.C. quor.appellat.non recip.*

Ad ſecundum reſpondetur, etſi contra ſententiam minor alias reſtituatur: non tamen reſtitui contra ſententiam illam, qua ob dolum vel delictum ſuum condemnatus fuerit *tot.tit.C.ſi adu.dol.* Deinde reſtitui minorem aduerſus ſententiam, ſed eam qua læſus fuerit: at ſi ob delictum dolum vel contumaciam minor condemnatur, non tam ſententia iſta quam proprio delicto læſus cenſetur, facilitate ſane & iudicij imbecillitate læſus dici non poteſt.

Ad poſtremum reſpondeo veram contumaciam non eſſe dolum præſumptum, ſed verum dolum *d.l.199.de Reg.iur.* Deinde ob dolum etiam præſumptum denegari in integrum reſtitutioné ſupra oſtenſum fuit, & perſpicue probat *d.l.1.C.aduer.delict.in verb.malos mores.*

Quocirca concludendum eſt, quod minor ob veram ſuam contumaciam, quã admiſit, iudici non parendo, maxime in executione, nunquam detur reſtitutio, quia malitia ſupplet ætatem *l.3.C.ſi minor ſe maior.* quia malorum mores infirmitas animi non excuſat *l.1.C.ſi adu.deli.* quia denique in criminibus non ſolet ſubueniri ætati *l.1.C.eod.tit.* Sed in *d.l.8.ff.de minor.* reſtitui minorem non ob veram contumaciam condemnatum, ſed minorem condemnatum quaſi contumacem, cum tamen contumax non eſſet. Quam etiam ſententiam eſſe puto *l.15.§.22.ff.de damno infect.* nam nec ibi vere contumax erat minor, quod etiam euincit comparatio, quæ inter ipſum & inter illum inſtituitur, qui iuſta ex cauſa abfuit, hunc enim vere contumacem appellare non licet.

Sed eo tamen præſuppoſito, quod aduerſus veram contumaciam reſtituatur minor, vt vult Autor noſter & quos ipſe allegat, quæritur porro, vtrum minor ita reſtitutus aduerſario expenſas ſoluere teneatur?

Etenim contumacem ſumptus & expenſas aduerſario refundere oportere ſancitum eſt in *l. ſancimus. Cod. de iudic.*

Sed minorem ad refuſionem impenſarum non teneri, contendunt Alexander ad *l.ſi finita §. Iulianus nu.84.ff.de damn.infect.* Antonius Teſſaurus *deciſ.9.* adque hiſce de cauſis.

1. Quia minor, in integrum reſtitutus, in priſtinum ſtatum ponitur, vt perinde ſit, ac ſi contumax non extitiſſet *l. quod ſi minor.§. reſtitutio.ff. de minoribus*, atqui minor, ſi cogitur ſumptus refundere, non eſt in priſtino ſtatu: proinde ad expenſarum refuſionem non tenetur.

2. Si minor deberet impenſas aduerſario reſtituere, nihil plus iuris haberet, quam maior 25. annis, quia quilibet contumax, refuſis impenſis, auditur. *d. l. Sancimus.C.de iudic.*

3. Quia minor ad principale reſtitutus, intelligitur quoq; ad acceſſorium eius reſtitutus *arg.l.2.ff.de iuriſd.* atqui expenſæ ſunt acceſſoriæ rei principalis *l.Terminatur Cod. de fructib. & lit. expenſ.* proinde minor, ſi reſtituitur ad rem principalem, cenſetur etiam ad expenſas reſtitutus.

4. Quia ſi minor teneretur ſumptus refundere, eſſet in damno, ac deterretur à petitione reſtitutionis in integrum.

Sed hæ rationes non ſunt eius momenti vt quenquam iſtam in ſententiam trahere & permouere poſſint: proinde veriorem iudico contrariam ſententiam, quam poſt Bartolum, Iaſonem,

Hoſtienſem & Boërium eleganter tuetur Andr. Fachineus *lib.8.cap.104.* quem ex recentioribus ſequuntur Antonius Faber *in rational.ad d.l.8.ff.de minoribus.*& Oſwaldus Hilliger *lib.21.c.10.lit.O.* Donelli Enucleati. Quorum hæc ſunt fundamenta.

1. Quia valde iniquum eſſet, vt qui minorem in iudicio rite & recte conuenerat, propter eius contumaciam ſumptus perdere & iacturam ſine culpa ſua ex contumacia & delicto alterius facere deberet.

2. Quia daretur minori occaſio eludendi iudicij & abutendi beneficio in integrum reſtitutionis in fraudem alterius: nimirum non comparendo, vt aduerſarius ſumptibus fatigaretur & poſtea ſe in integrum reſtitui poſtularet, ſciens ſe reſtitutum iri, ſine omni expenſa & damno; quod ſane in iudicijs tollerandum non eſt, vt in quibus ſumma æquitas & æqualitas ſeruari, nec quiſpiam decipi debeat.

3. Quia beneficium vni conceſſum, nō debet alteri nocere. Hic autem noceret beneficium minoris aduerſario, quia ſumptuum iacturam faceret aduerſarius minoris, & quidem ſine culpa.

Et quanquam diſſentientes reſpondeant, aliquando accidere, vt minor in integrum reſtituatur cum alterius damno & iactura, vt ſi quis feciſſet expenſas in rem minoris: nam reſtitutione in integrum conceſſa, non omnes expenſæ ſunt reſtituendæ, ſed illæ, ob quas fundus melior effectus eſt.

Recte tamen refellit hanc reſponſionem Fachineus ex eo quod regulariter ita ſit conſtitutum, vt non habeatur ratio eius quod impenſum eſt, ſed eius, in quo melior fundus redditus eſt *l. in fundo.ff.de rei vindic.* proinde minorem non videri læſum hoc caſu, cum iure communi ſit ſecurus *l.vltim.C.de in integr. reſtit. minor.*

Non refragatur huic ſententiæ primū contrariæ opinionis fundamentum: ſufficere enim debet minori, ſi ſit in priſtinum & integrum ſtatum repoſitus, quantum ad rem principalem, etiamſi quoad ſumptus in priori ſtatu nō ſit, cum hactenus & ratio & æquitas ſuadeant ipſum in priorem ſtatum non reponi.

Ad ſecundum reſpondetur, etiamſi reſtitutus minor refundere cogatur impenſas, non tamen dicendum, eum nil plus habere quam maior 25. annis, quia hoc amplius habet, vt aduerſus primū decretum reſtituatur etiam poſt annum, quod alijs non conceditur: facit quippe in integrum reſtitutio, vt minore poſt annum in integrum reſtituto, ſed ad ſecundū decretum perueniri non poſſit. Et conſequenter aliquid plus tributum eſt minori, quam maiori.

Ad tertium reſpondetur ſumptus non eſſe acceſſorium rei principalis in iudicium deductæ, nec probare *l. terminatur.* contrarium, cum hoc ſolum dicat, quod ſi terminata ſit cauſa principalis, non poſſit ea reſuſcitari, quoad expenſas, niſi ſtatim eodem die, partibus cominus auditis, iudex condemnauit in expenſas alterum ex litigatoribus, iuxta *l.422.de re iudicata.*

Qu. 84. *An pœna minori propter ætatē ſit neceſſario mitiganda?*

Quanquam vero, vt hactenus diſputatum eſt, in delictis minori non ſuccurratur per in integrū reſtitutionem; ſunt tamen qui exiſtiment, propter ætatem ſolere iudicem, imo debere, pœnam mitiorem minori irrogari ac propter ætatem ab ordinaria pœna recedere: quod vtrum verum ſit, diſpiciamus, & vt quæſtio hæc eo dilucidius explicetur, diſtinguendum eſt inter minorem puberem & impuberem, illum puniri poſſe ob facinus admiſſum, certi & expediti eſt iuris: quoad impuberem vero rurſus leges noſtræ diſtinguunt, aut enim infans eſt, aut infantiæ proximus, aut proximus pubertati, ſi infans eſt, aut infantiæ proximus, quia non delinquit, idcirco etiam puniri non poteſt:

Digitized by Google

teſt : ideo autem delinquere non poteſt, quia dicitur furioſo non abſimilis in *§. 10. Inſtit. de inutil. ſtipulat.* at furioſum delinquere non poſſe, nec ob delictum, in furore admiſſum puniri, dictum eſt alibi.

Deinde qui non habet mentis & rationis vſum, nec intelligit quid agat, nec doli eſt capax, is delinquere non poteſt, cum delictum ſine dolo, vel culpa & ſine animo ac propoſito delinquendi non committitur, cum animus diſtinguat delicta. Atqui infans & infantiæ proximus non habent rationis vſum: ergo delinquere non poſſunt.

Et hoc eſt quod Modeſtinus ſcribit in *l. 12. ff. ad L. Cornel. de ſicar.* infans vel furioſus, ſi hominem occiderit, lege Cornelia non tenentur; cum alterum innocentia conſilij; alterum fati infelicitas excuſet.

Et Vlpianus in *l. 3. §. 1. ff. de iniur.* Sane ſunt quidem, ait qui facere iniuriam non poſſunt, vtpote furioſus & impubes, qui doli capax non eſt: namque hi pati iniuriam ſolent, non facere, cum enim iniuria ex affectu facientis conſiſtat, conſequens eſt dicere, ſiue pulſent, ſiue convicium dicant, iniuriam feciſſe non videri.

Huc deniq; pertinet, quod ſcribit Iuſtinianus *in §. 18. Inſt. de obligat. quæ ex delict.* In ſumma ſciendum eſt, quæſitum eſſe, an impubes rem alienam amouendo furtum faciat? Et placet quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.

Quod igitur ad eum impuberem, qui pubertati eſt proximus, res expedita eſt, quod delinquere & ob delictum puniri poſſit, propterea quod iã intelligit, quid agat; ſuæq; nunc mentis eſt.

Altera quæſtio, an minori 25. annis propter ætatem mitigari debeat ordinaria pœna? Plus difficultatis habet.

Primo enim quidam opinantur, neceſſario minori pœnam eſſe mitigandam, & non ſolum mitigandam, ſed eidem quoque aduerſus delictum, quod commiſit, in integrum reſtitutionem concedẽdam: Fundamentum huius ſententię eſt *in l. 108 ff. de reg. iur.* in qua Paulus: *Fere in omnibus* ait, *pœnalibus iudicijs & ætati & imprudentiæ ſuccurritur.*

2. Deinde & hac ratione mouentur, quod is, qui minus peccat, minus etiam puniri debeat: minor autem, in quo non tantus ſit dolus, atq; in maiore, minus peccet: Ergo etiam minori pœna afficiendus ſit.

Secundo ſunt qui indiſtincte negent, in delictis ſubueniri: atq; hi nituntur *l. 7. C. de pœnis*, vbi Alexander Imperator: *Impunitas delicti propter ætatem non datur, ſi modo in ea quis ſit, in quam crimen quod intenditur, cadere poteſt.*

2. Probatur hæc ſententia ex *l. 1. C. ſi aduerſus delictum.* in qua D. Seuerus & Antonius Longino in hæc verba reſcribunt: *In criminibus quidem ætatis ſuffragio minores non iuuantur: Etenim malorum mores infirmitas animi non excuſat: ſi tamen delictum nõ ex animo ſed extra venit, noxia non committitur, etiamſi pœna cauſa pecuniæ damnum irrogetur: & ideo minoribus in hac cauſa in integrũ reſtitutionis auxilium competit.*

3. Et Diocleт. atque Maximinianus Imperatores in *l. 2. eod. tit.* expreſſe ſanciunt, *in delictis ætate neminem excuſari.*

4. In *l. 38. §. fratres 4. ff. ad L. Iul. de adulter.* ſcribit Modeſtinus *adulterij crimen, quod pubertate delinquitur, non excuſari ætate.*

Tertio ſunt qui diſtinguant inter delicta leuiora & grauiora: ſic, vt in illis ætati impuberi ſubueniatur, in his vero non item. Sententiæ vero huius ſuæ fundamentum conſtituunt in *l. Auxilium. 37. §. 1. ff. de minoribus*, in qua Triphoninus.

Ictus.

Digitized by Google

Ictus ait, neque in delictis, neque in calumniatoribus prætorem ſuccurrere oportere, idque certi iuris eſſe, ſubijciens hanc iuris regulam; *In delictis minorem 25. annis non mereri in integrum reſtitutionem*, VTIQVE ATROCIORIBVS.

Ego circa propoſitam quæſtionem hoc modo ſtatuendum cenſeo; propter minorennem ætatem delictum nunquam remitti, idque velle *l.7.C. de pœnis & l.37. ff. de minoribus.* quibus concordat *§. in ſumma.pen.Inſtit. de oblig. quæ ex delicto naſc. tot.tit. Cod.ſi aduerſus delictum.* Atque hoc non ſolum procedere in grauioribus ſed in leuioribus etiam criminibus, prout aperte Vlpianus in *l.9.§.2.ff.de in integr. reſtitut.* teſtatur, dum ita ſcribit: *Nunc videndum, minoribus vtrum in contractibus capitis duntaxat ſubueniatur, an etiam delinquentibus, vt puta dolo aliquid minor fecit in re depoſita, vel commodata, vel alias in contractu, an ei ſubueniatur, ſi nihil ad eum peruenit? Et placet in delictis minoribus non ſubueniri: nec hic itaque ſubuenietur: nam & ſi furtum fecit, vel damnum iniuria dedit, non ei ſubuenietur.* Idem confirmat *l. 20.ff.de minor.* In qua ICtus, de leuiori delicto differens, ſcribit expreſſe, delictum cum venia ætatis nihil habere commune. Nec refragatur *d.l.37.§.1.ff.de minor.* in qua dicitur, minorem 25. annis in delictis non mereri in integrum reſtitutionem, VTIQVE ATROCIORIBVS, nam vocabulum VTIQVE ſic interpretantur Cuiacius & Giphanius, vt idem ſignificet quod *maxime*: vt ita non hoc velit Ictus, quod idem non ſit in leuioribus delictis, ſed quod multo difficilius ſuccurratur ei in atrocioribus.

Secunda regula eſt ſi minor non ſponte conſulto & ex propoſito deliquerit, adeoque delictum non ex animo, ſed extra veniat, hoc eſt per imprudentiam, ſeu ignorantiam, temeritatem & inconſultū calorem aliquis deliquerit, tum iterum diſtinguendum eſt inter ignorantiam iuris & facti; ſic, vt propter hanc excuſetur; circa ignorantiam vero & imperitiam iuris diſtinguatur; vt ignorantia iuris ciuilis excuſet; cum minoribus 25. annis permiſſum ſit ius ignorare *l.9.pr.ff.de iur.igno.* vnde inceſtus iuris ciuilis, à minore admiſſus, non punitur *l.38.§.5.ff.ad L. Iul. de adult.* Hinc cum alij, ab accuſatione publici criminis deſiſtentes puniantur *l.1.§.7.ff. ad SC. Turpill.* minor non punitur, ſi ex ignorantia iuris ciuilis ab accuſatione deſiſtat *d.l.1.§.10.in fine*, indeque cum alias puniantur, qui ad teſtamenta ſcribenda adhibiti, aliquod emolumentum, quantumuis teſtatore dictante, ſibi ſcripſerunt; minor tamen, ſi hoc ex ignorantia iuris fecerit, veniam meretur *l. 3. C. de his qui ſibi adſ.*

Tertia regula eſt, ſi ex ignorantia iuris gentium minor delinquat, veniam non mereatur, nec pœna ei remittatur: ratio autem huius eſt hæc, quod iuriſgentium, id eſt æquitatis naturalis, pudoris, verecundiæ, honeſtatis ignorantia nec in minore excuſetur; cum ius naturale ac gentium partim nobiſcum natum ſit, omniumque hominum cordibus inſcriptum & impreſſum, partim à naturali ratione inter omnes homines conſtitutum. Hinc ſi libertus minor patronum in ius ſine venia vocaret, cum naturali ratione honor huiuſmodi perſonæ debeatur *l. 2. C. de in ius voc.* pœnam edicti non effugeret.

Quarta regula eſt hæc: non ſolum in leuioribus, ſed in atrocioribus etiam delictis, ob miſerationem ætatis interdum pœnam mitigandam eſſe. Dico *interdum* quia, etſi Iacobus Menochius regulariter & ſemper propter ætatē minori pœnam mitigari velit, verius tamen eſt, tunc demum minori ſuccurri quando tales adſunt circumſtantiæ, quæ mitigationem pœnæ prorſus vrgeant, vt ſi appareat minorē partim imbecillitate iudicij lapſum, delictum commiſiſſe.

Atque

Atque hoc diſerte confirmat *d.l. auxilium.37. §.1. ff. de minor.* vbi Triphoninus ſcribit INTERDVM miſerationem ætatis ad minorem pœnam iudicem producere; proinde non obſtant *l.7.C.de pœn. l.1.& 2.C.ſi aduerſus delicta.l.38. §.4.ff.ad L. Iul.de adult.*

Qu. 85. *An contra confeſſionem ſuã minor reſtituatur?*

Nam in illis & conſimilibus textibus agitur de pœna non mitiganda, ſed in totum remittenda, deque impunitate propter ætatem concedenda.

Reſtat vt videamus anne minor aduerſus confeſſionem delicti, de quo alias nõ conſtabat, ſit reſtituendus? Quæ quæſtio difficilis eſt & in vtramque partem ab Interpp. noſtris agitatur.

Et quod aduerſus confeſſionem ſuam reſtituendus ſit minor, eo caſu quo delicto aliunde conſtare non potuiſſet, defendunt multi ac præſtantiſſimi ICti ſequentibus fundamentis.

1. In *l.certum.§.in pupillo.ff.de confeſſ.* expreſſe dicitur, minorem à confeſſione ſua reſtitui.

2. Accedit quod, cum minor aduerſus negationem ſuam reſtituatur *l. ſi ex cauſa §.nunc videndum.ff.de minor.* ſequi videtur, quod etiam aduerſus cõfeſſionem ſuam reſtituatur.

3. Facit præterea huc regula generalis in *l.Minoribus.ff. eod. tit.* quod minoribus læſis ſit ſuccurrendum; atqui minor, qui delictum confeſſus eſt, læſus eſt ex ſua confeſſione, quoniam delictum aliunde probari non poteſt; ergo reſtituendus eſſe videtur.

Sed his rationibus non moueor, vt huic ſententiæ ſubſcribam.

1. Quia textus perſpicuus eſt in *l.37.§.1. ff.de minorib.* vbi dicitur, nullam deprecationem adulterij pœnæ eſſe, ſi ſe minor annis adulterum fateatur.

Et quanquam poſt Bartolum Iohannes Mauritius reſpondeat, hunc textum intelligendum eſſe de ea reſtitutione, quę in tertij cederet præiudicium: aut vero de eo caſu, quo aliunde de delicto conſtare potuerit: vtrumq; tamen plane eſt diuinatorium & in meris coniecturis verſatur, vt proinde qua facilitate adſtruitur, eadem quoque reijciatur.

2. Confirmat deinceps hanc ſententiam etiam hęc ratio, quod maior ſit ratio habenda vtilitatis publicę, quæ ſuadet delicta puniri, nec veniam delinquentibus concedi, ſed malis hominibus Rempubl. purgari, cuius ſane publicæ vtilitatis maior debet haberi ratio, quam minorennis ætatis, delinquentis præſertim, cum etſi huius magnus ſit fauor; Reipubl. tamen fauor longe ſit maior.

3. Inſuper ita quoq; pro hac ſententia argumentatur Sarmientus: aut minor confeſſus eſt delictum verum, aut delictum falſum per mendacium: ſi prius in integrum non reſtituitur, quoniam quilibet veritatem profiteri & confiteri debet, nec verum dicendo læſus dici poteſt *l.quoties.§. ſicut. ff. de admin. tutor. l.3. C. de aduoc.* Sin vero poſterius, non reſtituitur minor aduerſus mendacium ſuum *l.2. & tot.tit.C.ſi minor ſe maior.dix.*

Quocirca etſi erroneè aut meticuloſe, aut imprudenter delictum ſit confeſſus minor, non tamen reſtituitur in integrum.

Nec obſtat *d.l.certum 6.§.5.ff.de confeſſis.* Nam, vt ex præcedentibus apparet, loquitur hic textus non de confeſſione delicti, ſed de confeſſione debiti pecuniarij, aduerſus quam minorem reſtitui libenter & vltro agnoſcimus. Et hunc etiam ſenſum eſſe *d.§.6.* eumque ad confeſſionem debiti pecuniarij reſtringendum eſſe, ſatis euincit *d.l.37.§.1.ff.de minor.* ex qua liquido conſtat, quod aduerſus confeſſionem delicti non ſit minor in integrum reſtituendus: proinde ſi iſte textus cum præſenti *l.certum §.5.* conferatur, apparebit manifeſtiſſime quod non poſſit de delicti confeſſione intelligi.

Quod ſi tamen omnino de confeſſione

Digitized by Google

ne delicti intelligi debet iſte §.5. non de proprij, ſed de alieni delicti confeſſione intelligendus erit: aut vero ſi etiam de confeſſione proprij delicti, tum de confeſſione non libera nec ſpontanea, ſed de confeſſione metu extorta vel errore facta accipiendus erit: ſi enim metu tormentorũ vel alio fuerit quis inductus vt falſum confiteretur delictum, aut vero errore quodam illud à ſe cõmiſſum profiteretur cum tamen ab alio eſſet admiſſum, dubiũ nullum eſt, quin tunc ſit reſtituendus.

Ad ſecundum reſpondetur, diuerſam eſſe rationem negationis & confeſſionis delicti: nam aduerſus negationem delicti reſtitutio admittitur, quia tali reſtitutione nemo læditur; ſicut reſtitutione cõtra confeſſionem delicti præiudicatur Reipublicę, cuius, vt dixi intereſt, delicta non manere impunita. Præterea paulo ſupra oſtendi textum *d. l. 9.* intelligendum eſſe de negatione iſta quæ non ex dolo malo, ſed ex errore aut ignorantia facti vel iuris proceſſerit.

Ad tertium reſpondetur in *d. l. minorib.* regulam contineri, cuius exceptio habeatur in *d. l. auxilium. 37. §. 1.* Ratio vero iſtius exceptionis ſupra eſt expoſita.

Non reſtagatur denique *cap. fin. de confeſſ. in ſext.* idcirco illic Eccleſiæ vel Reipubl. concedi reſtitutionem aduerſus cõfeſſionem ſui adminiſtratoris, quia non debet nocere Eccleſiæ vel Reipublicæ confeſſio talis: cum enim Eccleſia vel Reſpublica ſit perſona myſtica, non poteſt aliter confiteri quam per adminiſtratores, ideo in hoc nõ eſt eadem ratio eius & minoris, cum hic per ſeipſum poſſit confiteri, etſi doli capax ſit & periurio & mendacio obſtringi valeat.

Equidem ſi vel metu fuerit confeſſus delictum falſum, vel dolo alterius aut errore proprio inductus, quin reſtituendus ſit, dubium plane nullum eſt.

Quod ſi non conſtet vtrum verũ, an falſum delictum confeſſus fuerit non debet penus condemnari ex ſola ſua confeſſione, etſi errorem ſuum non poſſit docere, ſed iudex cõſiderare debet cauſæ circumſtantias, an tales ſint vt credat, vtrum nũc cum negat minor, an quando confeſſus eſt, mentitus fuerit, vt nec ex ſola reuocatione confeſſionem in totum inualidam exiſtimet, cum non ſit veriſimile contra ſe falſum dixiſſe *cap. literas de præſumpt.* nec vt omnino confeſſioni acquieſcat minoris, ſiue reſtitutio petatur maxime in cauſis criminalibus, in quibus cuiuſcunque defenſio admittitur *l. ſeruum. §. publice. ff. de procur.* Nam neque maior ex ſola confeſſione delicti punietur, ſi de delicto præter ea non conſtet *l. diui Fratres. ff. de pœnis.* nam in criminalibus cauſis, cum quis non ſit dominus membrorum ſuorum *L. liber homo. ff. de L. Aquil.* non eſt ſtandum voluntati eius, ſed videndum an ſit veriſimilis eius confeſſio & alijs adminiculis adiuuetur. Nam in hoc optimi iudicis verſatur iudicium rectum & arbitrium, ita pulchre Sarmientus *lib. 3. ſelect. interpret. c. 13.*

RESOLVTIO THESIS *Decimatertiæ.*

INſuper non reſtituitur minor viginti quinque annis in integrum ſi cum eſſet maior viginti annis paſſus fuerit ſe in integrum reſtitui: nam hoc modo Papinianus: *Si maior annis viginti, minor viginti quinque ſe in ſeruitutem venire patiatur; id eſt ſi precium participatus eſt, non ſolere reſtitui; ſed merito: quoniam res nec capit reſtitutionem, cum ſtatum mutat l. 9. §. 4. ff. de minorib.* *Lit. A.*

Rationem videlicet hanc aſſignat Iᴄtus, quod mutatio ſtatus (nempe publici) quæ fit per maximam & mediam capitis diminutionem non recipiat reſtitutionem, quia prætor non niſi inter ciues Romanos cognoſcit; vnde recurrendum neceſſario ſit ad poteſtatem principis, ſi

quis

Digitized by Google

quis aduerſus amiſſam libertatem aut ciuitatem reſtitui velit *l.59.ff.de condit.& demonſtrat.* Cuiacius ad *d.l.3.ff.de minor.Ant. Fab.in d.l.9.§.4.*

Confirmat hoc idem quoq; *l.3.ff.quib. ad libertat.proclam.* vbi Pompo. *Eis*, inquit, *qui ſe paſſi ſunt venire, ad libertatem proclamandi licentiam denegari,* Non obſtat quod ſtatus mutatio recipiat reſtitutionem *l.3. §.6.ff.de minor.* vbi Ictus Vlpianus, *ſi quis minor viginti quinq; annis adrogandū ſe dedit, & in ipſa adrogatione ſe circumuentum dicat, finge enim à prædone eum hominem locupletem adrogatum, dico debere eum audiri in integrū ſe reſtituentē:* at arrogatio eſt ſtatus mutatio.

Reſp. Recte enim Cuiacius & Antonius Faber prædictam legem 9.§.4. interpretantur de mutatione ſtatus publici iuris, qui in libertate & ciuitate conſiſtit, huius inquam, ſtatus publici mutatio nullam admittit reſtitutionem, quia eo ſtatu mutato nullæ ſunt partes prętoris & ideo ciuē ad peregrinitatem vel liberum ad ſeruitutem redactum ciuitati, vel libertati prætor non reſtituit. Princeps reſtituere poteſt: arrogatio autem, de qua *d.l. 3.§.6.* loquitur, contingit ſaluo hoc ſtatu publico. Aut ſi hoc minus placet, dicendum eſt cum Donello *in d.l.9.§.4.* vbi dicitur ſtatus mutationem non admittere in integrum reſtitutionem, de ea mutatione ſtatus tractari, qua ſtatus plane & plene mutetur, ita vt ſtatus plane haberi deſinat qualis ſtatus contingit ſola maxima & media capitis diminutione: talis vero ſtatus mutatio non eſt arrogatio.

Similiter non obſtat quod dicitur in *l. 2.ff.de in integr. reſtit.* in integrum reſtitutionem dari, ſi per ſtatus mutationem aliquis inciderit in captionem.

Reſp. Nam primo *lex iſta 2.* loquitur de ſtatus mutatione, quæ fit per minimam capitis diminutionem *tot.ti.ff.de ca. dimin.* Deinde loquitur de reſtitutione, quæ ob ſtatus mutationem non datur illis, qui iſtam ſtatus mutationem ſunt paſſi, quo in priſtinum ſtatum illi reponātur, ſed qua conceditur illis, qui cum his contraxerant qui ſtatus mutationem fuerunt paſſi, ad hoc videlicet, vt obligationes capitis diminutione extinctas recipiant.

Lit. B.

Denegatur pręterea in integrum reſtitutio aduerſus patrem vel patronum *l.fin. C.qui & aduerſ.quos.* Sed de hoc dictum eſt ſupra hac *ead.diſp.*

Lit. C.

Qu. 86.

An minor id quod priuscum ipſo geſtū erat ratū habens reſtituatur in integrum?

Denegatur quoq; reſtitutio quotiens minor maior factus, id ꝙ minor geſſerat, ratū habuerit. Hæc enim comprobatio & ratihabitio rei antea geſtæ omnē in integrū reſtitutionē remouet *l.3.§.1.ff.de minorib.& tot.tit.C.ſi maior fact.rat.habuerit.*

Rationem Donellus hanc adducit, quod nihil interſit, vtrum quis quid gerat, an geſtum ſua voluntate confirmet: in propoſito autem qui ante geſtum comprobando confirmat, maior eſt. Proinde ab eo comprobatum, tanquam à maiore geſtum, ſic habendum eſſe: huc videlicet ſpectat regula iuris, ꝙ ratihabitio retrotrahatur ad initium actus & cōfirmet ea, quę ab initio ſubſecuta ſunt *l.fin.C.ad SC. Macedon.* Duaren.*ad tit.C.ſi maior fact.*

Præterea & ideo ratihabitione excludi reſtitutionem putat Donellus, quia is, qui prius à ſe geſtum ratum habet & confirmat, hoc paciſci intelligitur, nihil ſe poſtea aduerſus id facturum, quo reſcindatur: quoniam contraria ſunt quid ratum habere & reſcindi velle: omnis autē pactio ſeruanda eſt *l.10.de pact.* idcirco non poteſt contra hanc pactionē poſtea in integrum reſtitutionem poſtulare.

Obijcitur huic *d.l.3.§.2.ff.de minoribus*, in qua is, qui minor adierat hereditatem, maior factus exegerat aliquid à paternis debitoribus, adeoq; perſeuerauerat in adminiſtratione hereditatis paternę, atq; cōprobarat ſuo facto aditionē hæreditatis: & tamē dicitur in integrum reſtitui, cum tamen nihil interſit in omni voluntate declaranda vtrum verbis eam quis declaret, an re & facto *l.4.ff.p ſocio l.recuſari.ff.de*

Digitized by Google

acquir. heredit. proinde ratihabitio & comprobatio ſubſequens reſtitutionem non excludit.

Reſpondet Donellus adductum textum *d.§.2.* nihil ad rem facere, quoniam etſi is, qui minor miſcuerat ſe paternæ hereditati nunc maior factus perſeueret in eiuſdem hereditatis adminiſtratione, non tamen hoc ſuo facto ratam habere aut comprobare præcedentem hereditatis aditionem, quoniam non perſeueret ſua voluntate, ſed neceſſitate ſuſceptę hereditatis coactus, dum cauet, ne interim, dum de reſtitutione deliberat, aliquid de hereditate depereat culpa eius. Quod vt accidere poteſt, ideo & hanc interpretationem voluntatis in re dubia potius accipiendam, quia benignior ſit *arg. l. ſemper in dubijs. ff. de reg. iur.*

Lit. B. Excluditur etiam in integrum reſtitutio, ſi minor veniam ætatis impetrauerit. *tot. tit. C. de his qui veniam ætat. impetrau.* Nam veniæ impetratione hoc conſequitur minor, vt rem ſuam ſibi liceat adminiſtrare, perinde ac ſi maior eſſet; proinde ſi quid cum tali geſtum eſt, non erit vllus locus reſtitutioni in integrum.

Veniā ætatis dicitur impetraſſe à principe, quando Princeps ipſi permiſit vt res ſuas adminiſtret, ac ſi maior eſſet.

Vt autem venia ætatis concedatur, hæc concurrere debent. 1. Grauitas morum, prudentia, honeſtas vitæ, in perſona eius, qui veniam ſibi concedi poſtulat. 2. Ætas in maſculo 20. annorum, in fœmina octodecim. 3. cauſæ cognitio & probatio eorum, ob quæ diximus veniam ætatis concedi.

Qu. 87. An aduerſus veniæ impetrationē reſtituatur minor? Sed vtrum aduerſus hanc veniæ ætatis impetrationem peti poſſit in integrum reſtitutio, controuertitur? Quid enim ſi minor, impetrata venia ætatis, proponat, ſe etſi exiſtimauerit quod bene poſſit patrimonium adminiſtrare, cum tamen iam cognoſcat, quod à ſe id præſtari nō poſſit, ideo petere ſe in integrum reſtitui.

Et quidem pro vtraq; tam affirmante, quam negante ſententia, ſunt admodum ſpecioſa argumenta, quæ non immerito aliquem dubium reddere poſſint, quidnā in hac quæſtione ſtatuendum eſſet?

Etenim Iohannes Mauritius in *tract. de in integr. reſtit.* Franciſc. Duarenus *ad tit. de his qui veniam ætat.* ſtatuunt, reſtitutionem concedendam eſſe aduerſus veniæ ætatis impetrationem.

1. Quia quilibet poteſt beneficio pro ſe introducto renunciare *l. penul. C. de pact.* atqui venia ætatis in fauorem minoris conceditur, vt videlicet eo libentius homines cum minore contrahant, ipſeque eo liberius ſua bona adminiſtrare valeat. Proinde illi renunciare minor poteſt, eoque beneficio non vti.

2. Quia in edicto prætoris generaliter cautum eſt, quod cū minore viginti quinque annis geſtum eſt ratum non haberi, ſed cōtra hoc in integrum reſtitutionem concedi: atqui cum minore viginti quinque annis aliquid geſtū eſt cum impetrat veniam ætatis: ergo aduerſus impetrationem veniæ ætatis, ſi leuitate aliqua eam impetrauerit, reſtituendus erit.

Obijcitur huic ſententiæ, quod maiori viginti quinq; annis non detur in integrum reſtitutio *l. 3. §. 4. ff. de minorib.* at qui veniam ætatis impetrauit maior eſt effectus: proinde ipſi in integrum reſtitutio non concedatur.

Sed leue eſt hoc argumentum, quia conſtat quod maiori quoq; annis viginti quinq. in integrum reſtitutio concedatur aduerſus id, q̄ in minorenni ætate geſſit *l. fi. C. de temp. in integr. reſtit.* atqui in minori ætate conſtitutus veniam ætatis impetrauit; cur itaq; nunc maior effectus per impetrationem veniæ ætatis, non poſſit in integrum reſtitui?

Obijcitur deinde, quod venia ætatis nō concedatur niſi pręcedente prius diligēti inquiſitione in mores & ingenium illius, qui veniam ſibi concedendi petit, itemq; cauſæ

Digitized by Google

cauſæ cognitione qua cognoſcitur, an dignus ſit venia ætatis, vnde iam præſumitur, quod idoneus ſit ad bonorum ſuorum adminiſtrationem, cui conceſſa eſt venia ætatis.

Reſpondet Duarenus propter hanc cauſæ cognitionem & inquiſitionem nõ eſſe minori, ſe aduerſus impetrationem veniæ ætatis reſtitui poſtulanti, denegandam reſtitutionem, ſed non niſi ob magnam cauſam concedendam.

Tu vero reſponde quod fieri poſſit, vt is qui veniam ætatis impetrauit demum poſt eam impetratam in malos & corruptos mores inciderit & naturam deprauarit, qui tempore cõceſſionis iſtius veniæ bonis fuerit moribus: huic igitur cognitio iſta cauſę & inquiſitio præcedens, propter ſecutam morum mutationem, nõ obſtabit quominus reſtituatur. Deinde etſi cauſæ cognitio & inquiſitio interuenerit, fieri tamẽ poteſt, vt mores ipſius minoris ingeniumque non ſatis fuerint explorata, hoc quippe omnium eſt difficilimũ, nec ſane de ingenio, prudentia ac ſolertia hominis tam accuratum & exactum ferri poteſt iudicium ex moribus ipſius externis, vt qui prudẽtiſſimos quoque fallere poſſint.

Obiicitur etiam, quod reſtitutione aduerſus impetrationẽ veniæ ætatis conceſſa, maxima cum iniuria illorum, qui quid contraxiſſent cum minore tãquam maiore, omnes contractus interim celebrati quãdiu hac ætatis venia eſt vſus, reſcinderentur, quoniã aliàs reſtitutio non redderet quod abſtuliſſet læſio *l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minor.* At hoc iniquum eſſe ipſemet Imperator agnoſcit in *l. 1. C. de his qui veniam ætat. impetr.* cum par non ſit vt hi, qui cum eis cõtraxerunt, principali auctoritate circumſcripti eſſe videantur.

Reſp. Sed ad hanc obiectionem reſpõdetur, etſi is, qui veniam ætatis impetrauerit, contra hanc impetrationem in integrum reſtituatur, nõ tamen ea reſtitutione propterea contractus prius initos reſcindi; Tum quia aliás legis beneficio deciperentur, qui cum minore, qui venia ætatis gaudet, auctoritate principali contraxerũt, quod iniquum iudicat Imperator in *d. l. 1.* tum quia contractus cum maiore, ſeu eo, qui iure maioris vtebantur, initi nõ poſſunt reſcindi; atqui ita propoſito is, cum quo contractum fuit, tempore contractus pro maiore fuit habitus & iure maioris vſus. Igitur non poteſt contractus cum ipſo initus reſcindi.

Nec obſtat quod per in integrum reſtitutionem omnia in priſtinum ſtatum reponantur: hic enim effectus erit illius reſtitutionis, vt qui maior reputabatur propter veniam ætatis impetratam, is in poſterum vice minoris fungatur, vt poſtea cum ipſo ſolo efficaciter contrahi nõ debeat.

Excluditur inſuper minor à beneficio reſtitutionis, ſi maiorem ſe dixerit ad hoc fortaſſis, vt eo libentius & facilius homines cum ipſo contraherent. *Lit. E.*

Ita Imperatores Dioclet. & Maximin. *Si is, qui minorem nunc ſe eſſe adſeuerauerat, fallaci maioris ætatis mendacio te deceperit, cum iuxta ſtatuta iuris errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica iura ſubueniãt, in integrum reſtitui non debent.*

Quod dubio procul procedit cum minor dolo malo ſe dixit maiorem, cum minor eſſet, quo induceret aliũ vt cum ipſo contraheret; idque ſignificat quoque ratio, qua in *dict. l. 2.* vſus fuit Imperator, vt quæ expreſſè de fallentibus & circumuenientibus minoribus loquatur.

Si itaque minor non alterius circumueniendi cauſa, ſed ſimplicitate ſe maiorem dixerit, dubium non eſt, eum in integrum reſtitui: quoniam ceſſat hîc ratio, ob quam minor, qui ſe maiorem eſſe dixerat, in integrum reſtitui negatur in *d. l. 2. C. ſi minor ſe maior dix.*

Deinde quia minoribus, facilitate inconſulta, iudiciique imbecillitate lapſis datur

Ppppp 3

diatur in integrum reſtitutio *l.1.ff.de minoribus.* Proinde & hoc caſu, cum nullibi reperiatur exceptus, nec ratio quoque exceptionis vlla appareat, dicendum minori reſtitutionis in integrum beneficiū non denegari.

Qu. 88. *An reſtituatur minor qui dolo malo ſe maiorē eſſe dixerit, præſertim ſi & iurauerit ſe eſſe maiorem?*

Multo minus tunc denegabitur, quādo aduerſarius cum minore contracturus, dolo induxit eum vt affirmaret, ſe maiorem eſſe, ſperans fore vt nullus poſtea aditus eſſet ad reſtitutionem, hic dubium nullum eſt, quin ei ſubueniatur, tum quia errantibus & imbecillitate lapſis minoribus publica iura ſubueniunt *dict. l. 2.* tum quia & maioribus dolo deceptis ſuccurritur, ne dolus alterius ipſis obſit.

Quod vſque adeo verum eſt, vt ei ſubueniatur, etiamſi iurauerit minor ſe maiorem eſſe, quoniam iuramentum, ad quod præſtandum minor dolo malo inductus eſt, non ſeruari ſupra demonſtratum fuit *ex cap. Cum contingat. extr. de iureiur. cap. quamuis. de pact. in ſext.* probat quoque hanc eandem ſententiam *l. ſi ex falſis.C.de tranſact.* vbi reſcribunt Imperatores, retractari contractum iureiurando confirmatum, prætextu ætatis, quod reſcriptum de eo loqui, quod dolo malo contractum eſt, fere conſentiunt Interpres noſtri.

Nec refragatur *l. 3. C. d. tit. ſi minor ſe maior.* vbi dicitur: *Si in inſtrumēto per ſacramenti religionem maiorem ſe adſeuerauerit non dari in integrum reſtitutionem*: nam loquitur ille textus de eo, qui nullius dolo inductus, ſponte ſua iurauit ſe maiorem eſſe: hunc autem ideo placet in integrum non reſtitui, ne via periuriis aperiatur. Si enim reſtitueretur minor, qui ſe maiorem eſſe iurauerit, probatâ ætate, aperiretur via periuriis ſemperque diceret ſe putaſſe maiorem *l.1. & Authentic. ſeq. C. ſi aduerſ. vend.*

Qu. 89. *Quid iuris ſi vterque in dolo fuerit?*

Quid vero ſi vterque & minor, & qui cum minore contraxit in dolo fuerit, nec ignorauerit hic alterum qui ſe maiorem eſſe adſeuerauerit, eſſe minorem, quæritur anne in integrum reſtitutio cōpetat? Negat Cuiacius, affirmat Duarenus: & pro Duareno facit primo quod textus *d. l 2.* generaliter & indiſtincte negat minorem, qui ſe maiorem eſſe adſeuerauit per mendacium ac dolo malo, in integrum reſtitui: proinde cum textus non diſtinguat, vtrum ignorarit alter, quod is, qui ſe per mendacium dixit maiorem, ſit minor, an hoc ſciuerit: nec noſtrum erit hoc modo diſtinguere.

2. Accedit quod ratio, ob quam non reſtituitur minor, qui ſe maiorem dixit, hoc quoq; caſu obtineat: nec enim dolus aduerſarij dolum & fraudem minoris excuſat, & impetrat vt fallentibus minorib' publica iura ſubueniant. Adde quod malitia minoris ætatem eius ſuppleat, ita vt non amplius pro minore, ſed pro maiore habeatur, ac conſequenter reſtitutionis beneficio nō iuuetur *l. 2. C ſi minor ſe maior dixerit.* vt taceam quod malitiæ nunquam ſuccurratur *l.38 ff. de rei vindicat.*

3. Poſtremo ſuccurrit prætor minoribus duntaxat ab aliis circumuentis, aut facilitate ſua lapſis. *l. 44. ff. de minorib.* At qui dolo & alterius circumueniendi cauſa ſe maiorem dixit per mendacium, non eſt ab alio circumuentus, nec ſua facilitate lapſus in eo quod contraxit, aduerſus quod ſe nunc reſtitui poſtulat. Proinde in integrum reſtitui non debet.

Qu. 70. *An ſpiritualibus reſtitutio cōpetat?*

Vltimo quæritur anne minor viginti quinque annis in ſpiritualibus, maxime in renunciatione beneficij Eccleſiaſtici, vbi illud beneficium ex renunciatione in alium fuerit collatum, reſtitutionis beneficio gaudeat?

Negant enim Accurſius in *l. Ait prætor. pr. ff. de minorib.* ibidemque Bart. Bald. Alberic. & plerique alij è veteribus, maximeCanoniſtis. Fundamenta, quibus hāc ſuam opinionem ſtabilire conantur, hæc ſunt.

1. In

Digitized by Google

1. In *l. quod ſi minor. §. Scæuola ff. de minorib.* vbi reſtitutio in integrum, minoribus alias competens, denegatur etiam grauiter læſis, ſi poſt læſionem bona in alium nouo contractu tranſlata fuerint.

2. In ſpiritualibus minor annis viginti quinque maior cenſetur &, perinde vt maior, in iudicio agere poteſt *cap. ſi annum. de iudic. in ſext.* Igitur reſtitutionis beneficium in ſpiritualibus nō tribuitur minoribus viginti quinque annis.

3. In contractu matrimonij minor viginti quinque annis minime eſt reſtituēdus, etiam enormiter læſus, ſiue loquamur de matrimonio carnali, ſeu ſpirituali. Speculat. *tit. de in integrū reſtit. §. qualiter. verſ. ſi minor.* Bald. *in rubric. de iudic. 1. lect. column. 2.* Atqui matrimonium eſt res ſpiritualis.

4. Etſi alias minoribus etiam tunc reſtitutio competat, cum de lucro prætermiſſo, ſiue omiſſo agitur, vt crebrior & verior habet Dd. opinio; attamen hæc reſtitutio, quotiens de lucro agitur non conceditur minoribus, cum res non amplius eſt integra, ſed res, de cuius reſtitutione tractatur; alteri iam quæſita fuerit *l. quod ſi minor. §. Scæuola. ff. de minorib.* Atqui is, qui de beneficio Eccleſiaſtico acquirendo tractat, non agit de damno vitando, ſed de lucro acquirendo *c. dudum de præbend. in ſext.* Igitur quando illud ex renunciatione minoris ad alium peruenit, non amplius in integrum reſtitutio conceditur.

5. Ex communi ſententia Canoniſtarum non eſt locus reſciſſioni contractus, etiamſi deceptio vltra dimidium contigerit maioribus ætate in permutatione bonorum Eccleſiſticorum, vt notat Bald. quem ſequuntur alij in *leg. 2. C. de reſcind. vendit.* Quod ſi igitur ad tantam læſionē auferēdam, in permutatione beneficiorum Eccleſiaſticorum, non eſt locus auxilio iure communi conceſſo; multo minus erit locus beneficio, quod iure ſpeciali conceſſum eſt. *arg. l. eius milit. §. 1. ff. de teſtam. milit. §. quia vero. in Authent. de non alien aut permut. reb. Eccleſiaſt.*

Ex hiſce relucere & liquido pateſcere arbitrantur non habere locum in integrum reſtitutionem, cum minor beneficio Eccleſiaſtico renunciauit, illudque ex renunciatione ad alium peruenit.

Sed pro contraria opinione pugnat poſt Vincentium, Imolam, & Emanuelem à Coſta Didac. Couarruu. in loco ab autore citato, quibus & Autor noſter ſubſcribit.

1. Suffragatur his regula iuris, quæ generaliter ſtatuit, minores læſos enormiter reſtituēdos eſſe, à qua regula nuſpiam excipitur beneficium Eccleſiaſticum, ſiue res ſpiritualis; nec ratio etiā vlla eſt, quæ eam excipi ſuadet, vt paulo poſt apparebit, quando ad contraria argumēta ſupra adducta reſponderimus.

2. Accedit huic textus in *capit. Cum vniuerſorum. de permutat.* nam ibi ex æquitate potius, quam iuris rigore ſubuentum fuit maiori decepto in renunciatione beneficij Eccleſiaſtici, ne decipientibus iura fauorem exhibere videantur. Conueniunt enim omnes Doctores, iure non fuiſſe reſtituendum beneficium illud ei, qui ſemel per renūciationem id dimiſerat, propter pactiones ſimoniacas ipſius permutationis. His nō refragantur, quæ pro contraria opinione ſupra fuerunt adducta.

Non primum ex *d. §. Scæuola.* deſumptum: ſiquidem ex rationibus vtriuſque iuris ſatis conſtat, reſtitutionem in integrum minoribus & his, quibus iure cōcedi ſolet, omnino ſubueniat, etiā poſtquam res integra non eſt inque alium ſit res tranſlata nouo contractu & titulo: quoniam in reſtitutione, qualis eſt hæc, quæ minoribus conceditur, bona etiam aliis quæſita reſtituuntur, ſecundum Baldum in *l. 5. C. de ſentent. paſſis.* quoque accedit quod reſtitutio in integrum ali-

quan-

quando in rem ſcripta ſit, vbi ſuum quod amiſit vel omiſit minor, non poteſt conſequi & recuperare ab eo à quo læſus fuit *l. ſi ex cauſa pr. & leg. cauſæ. §. interdum. ff. de minorib.* & nos ſupra oſtendimus luculẽtiſſime, quod reſtitutio minorum aduerſus tertium quoque poſſeſſorem hoc caſu competat.

Non obſtat etiam ſecundum ex *cap. vltim. de iudic. in ſext.* non enim ſequitur: minor vt maior poteſt agere in iudicio, ergo ſi lædatur, non eſt ei in integrum reſtitutio concedenda: nam hæc collectio infirma & fragilis atque hinc refellitur, quod Eccleſia, licet agere poſſit in iudicio reſtitutionis tamen beneficium ſæpiſſime conſequatur *cap. 1. & 2. de in integrum reſtitution.* quapropter etſi minor viginti quinque annis poſſit in iudicio agere, tanquam maior ſine curatore, beneficium tamen reſtitutionis in integrum ipſi non denegabitur.

Non refragatur quoque tertium argumentum ſupra adductum, vt quod locũ habeat, quoad ſubſtantiam matrimonij propter eius indiſſolubile vincũlũ à conſenſu procedens: non tamen per hoc excluditur minor, quin reſtitui in integrũ iure debeat quoties in matrimonio & aliis ſpiritualibus læſus fuerit circa ea, quæ vel accidentia ſunt, aut ſemel ſtatuta reparari per in integrum reſtitutionem poſſunt.

Ad quartam rationem reſpondetur *dict. cap. dudum.* intelligendum eſſe de eo beneficio Eccleſiaſtico, quod quis nondum obtinuit acquirendo: tunc enim de lucro tractatur: at non de recuperando beneficio Eccleſiaſtico, quod quis ſemel obtinuerat, incauteque dimiſerat: nam hîc de damno vitando tractatur, & igitur huius ratione in integrum reſtitutionis auxilium tribuendum eſt, licet beneficium alteri ſit collatum.

Ad poſtremum reſpondetur, etiamſi in permutatione Eccleſiaſticorum beneficiorum non liceat vti *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* tamen minor ex permutationis cõtractu læſus, auxilium in integrũ reſtitutionis iuſtè poſtulat, vt ſi reddatur beneficium pingue quod, facilitate ætatis ductus, imprudenter ob tenue ſacerdotium dimiſit, quoniam beneficium reſtitutionis in integrum eſt fauorabile in fauorem ætatis introductum: at beneficium *l. 2. C. de reſcind. vendit.* minus fauorabile eſt.

RESOLVTIO THESIS *Decimaquarta.*

RESTITVTIO porro in integrum datur non modo aduerſus ſententiam interlocutoriam, ſed etiam aduerſus ſententiam definitiuam. *Lit. X.*

Et quidem quod contra definitiuam ſentẽtiam in integrũ reſtituatur minor, minus habet dubij, quoniam regulariter, vt ſuo tempore oſtendetur, aduerſus ſentẽtiam interlocutoriam in integrum reſtitutio non competit: cum itaque minor, per ſentẽtiam iudicis interlocutoriã læſus, alia ratione tutus non ſit, merito ipſi in integrum reſtitutio conceditur. *Qu. 91. An cõtra ſententiã reſtituatur minor?*

At de ſententia definitiua vtrum etiam aduerſus hanc in integrũ reſtituatur minor 25. annis, non immerito dubitatur: nam etſi minoribus 25. annis læſis & circumſcriptis beneficio reſtitutionis in integrum ſuccurratur, id tamen tunc verum eſt ac procedit, cum iure communi non eſt tutus minor, nam ſi ipſo iure munitus eſt, non ſuccurrit ei prætor *l. 16. §. 1. ff. de minorib.*

Veruntamen non obſtante hoc fundamento dicendum nihilominus quod etiam aduerſus definitiuam concedatur in integrum reſtitutio.

Probat hoc *tot. titulus Cod. ſi aduerſus rem iudicatam.* præterquam enim quod is de re iudicata adeoq; ſentẽtia definitiua, quę ꝓprie res iudicata dicitur loquatur, ſingu-

ſingulæ quoq; leges ſub eo titulo propoſitæ de ſententia definitiua loquuntur.

Cui accedit generalis iſta regula, quod aduerſus ea, quæ cum minore geſta ſunt, reſtituat in integrum prætor *l. 1. & tot. tit. ff. de minorib.*

Ab hac autem regula non excipitur ſententia iudicis interlocutoria aduerſus minorem lata, ſi ea læſus fuerit minor: proinde etiam contra hanc in integrum reſtitutio conceditur.

Confirmat denique hanc ſententiam apertiſſime *l. Cum & minores. C ſi aduerſ. rem iudicat.* his verbis: *Nam ſi iuſta defenſione tutorum vel curatorum vobis aßiſtente aliquid eſt* ſtatutum, intelligitis reſtitutionis remedium vobis eſſe neceſſarium.

Nec obſtat ratio in contrarium adducta ſiquidem regula iſta quod ceſſet extraordinarium remedium, quotiens ordinarium competit, locum tunc habet, quando extraordinarium pupillo commodius & vtilius eſt, quam ordinarium: atqui plus vtilitatis adferre beneficium reſtitutionis in integrum minori, quam appellationis remedium, exinde liquet, quod non tantos requirat ſumptus, quantos appellatio eiuſque proſecutio deſiderat, vt taceam quod Duarenus ſtatuit beneficium reſtitutionis in integrum concurrere cum remediis ordinariis, ſic vt ſit in arbitrio ipſius minoris, vtro malit vti, ordinario an extraordinario. Quod vero ſi ſententia aduerſus curatorem fuerit lata in cauſa minoris, anne & tunc in integrum reſtitutioni locus erit?

Lit. B. Qu. 92. *An minor reſtituatur contra ſententiam in curatorem latam?*

Affirmat Author noſter, pro quo facit textus apertiſſimus *in l. final. Cod. ſi aduerſ. rem iudicatam*: cuius hæc ſunt verba: In rem pupilli vel adulti aduerſus tutores ſeu curatores à præſide lata ſententia reſtitutionis auxilium non minus quam ſi quid aduerſus eos fuiſſet ſtatutum, implorare minores poſſe conſtat.

Sed huic videtur aperte refragari *l. 4. Cod. in quib. cauſ.* vbi Dioclet. & Maximin. *Si tutor tuus qui pro tutelari officio non cauerat, iudicio expertus eſt, contra eum lata ſententia iuri tuo officere non potuit, nec ea, quæ ab eo geſta ſunt, vllam firmitatem obtinent: Fruſtra ergo in integrum reſtitutionis auxilium deſideras, quando ea, quæ ab eo geſta ſunt, qui legitimi adminiſtratoris perſonam ſuſtinere non potuit, ipſo iure irrita ſunt.*

Ecce hic apertiſſime negatur aduerſus ſententiam contra curatorem minoris latam dari in integrum reſtitutionem minori.

Sed recte reſpōdetur à Duareno & aliis: in *d. l. 4.* idcirco denegari minori in integrum reſtitutionem aduerſus ſententiam latam contra eum tutorem qui non habuerit legitimam adminiſtrationem ob id, quod non cauerit rem pupilli ſaluam fore, *princ. I. de ſatisdat. tut.* quod igitur tutor geſſerit, id inutile eſt, & ipſo iure nullum: quocirca cum pupillus aduerſus hoc ipſo iure tutus atque munitus ſit, non indiget in integrum reſtitutione *d. l. 16. Digeſt. de minorib.* Atque hoc etiam *in d. l. 8.* diſerte Impp. ſignificant. Quod ſi vero tutor, vt oportet, ſatisdederit, legitimamque adminiſtrationem obtinuerit tunc ſententia in ipſum lata valebit, ac proinde aduerſus eam reſtituetur minor, vt & alias reſtitui ſolet aduerſus ea, quæ à tutore vel curatore geſta in ipſius læſionem tendunt *tot. tit. Cod. ſi tut.*

Non ſolum autem reſtituitur minor aduerſus totam ſententiam, ſed etiam aduerſus ſententiæ partem aliquam, per quam læſus fuit; ſed hoc ita verum, ſi ſententia res diuiduas contineat: quam diſtinctionem aperte comprobat Modeſtinus *in l. 29. § 1. ff. de minor.*

Lit. C Qu. 93. *An reſtitutio detur aduerſus partem ſententiæ?*

Ex cauſa, inquiens, *curationis condemnata pupilla aduerſus vnum caput ſententiæ reſtitui volebat, & quia videtur in cæteris litis ſpeciebus releuata fuiſſe, actor maior ætate qui acquieuit, tunc temporis ſententiæ dicebat, totam debere litē reſtaurari: Herennius Modeſtinus reſpondit: Si ſpecies in qua pupilla in integrum reſtitui*

ſtitui

ſtitui deſiderat, cæteris ſpeciebus non cohæret, nihil proponi cur à tota ſententia recedi actor poſtulans audiendus ſit.

Quin & ratio huius obſcura non eſt, quoniam ſi aduerſus ſententiam, quæ diuiſionem nõ recipit, minor reſtitueretur, tum illi ẽt vltra quã læſus eſt, ſuccurritur, contra intentionem prætoris qui minori per reſtitutionem aliter nõ ſuccurrit, quã quatenus eſt læſus: Accedit quod vtile per inutile vitiari non debeat: proinde nec ratio admittat ſententiam, quæ pro parte duntaxat lædit minorem, in totum etiam quoad eam partẽ qua læſus non eſt minor reſcindi & infirmari: proinde ne vtile per inutile vitietur, neue vltra quam læſus eſt, minori ſuccurratur, nõ reſtituitur minor aduerſus ſententiam diuiſionem non recipientem, qua pro parte duntaxat minor læſus fuit, quoniam ſi reſtitueretur totam reſcinderet ſententiam; quæ ratio deficit vbi diuiſionem admittit ſententia.

Non igitur obſtat *l. In hoc iudicio 27. in fine ff. famil. hercisc.* vbi dicitur, ſententiam non poſſe pro parte valere & pro parte non valere, ex quo dicendum videtur, ſi pupillus aduerſus vnum caput ſententiæ reſtitui velit, reſtitutionem ei denegandã.

Reſpon. Nam ea lex accipienda erit de ſententia, quæ vnum duntaxat caput habet, aut quæ plura quidem habet capita, ſed quę ſeparari nõ poſſunt: quod ſi enim plura ſint capita nõ cõnexa, aliud eſt, quia tot vidẽtur eſſe ſententię, quot capita, ſicut ſolemus dicere, tot eſſe ſtipulationes, quot ſunt res *l. vlt. C de appellat. l. 4. Cod. de temp. & repar. appell. l. 10. §. 1. de appellat. l. 1. §. vlt. quæ ſent. ſine appell.*

Qu. 94. *An ſi tẽpore latæ ſententiæ maior ſit qui minor iudicium cœpit habeat reſtitutionẽ?*

Quæritur inſuper, ſi tempore latæ ſententiæ maior ſit, qui minor iudiciũ cœpit, an & aduerſus eam ſentẽtiam reſtituatur?

Equidem Gloſſa indiſtincte hoc negauit, vſa fundamento *l. 1. C. ſi aduerſ. rem iudicat.* vbi Imp. *Si poſt ætatem legitimam, inquit, ſententia prolata eſt, iterato eandem actionem de iiſdem ſpeciebus inferre non poteſtis:* ex quibus verbis concludendum exiſtimat gloſſa, quod ſi tempore latæ ſententiæ maior eſſet, reſtitui eum non debere, cum vtroque modo exigatur, vt iam maior ſit propter ea verba, *ſi poſt ætatem legitimam ſententia probata eſt.*

Sed contra quod etiam aduerſus ſententiam hanc, quæ lata eſt poſt quam minor maior factus eſt, in integrum reſtituatur minor, alii affirmarunt hac ratione ducti, quod attendi initium actus debeat, ita vt ſpectandum ſit hunc fuiſſe minorem dum imperetur iudicium *arg. l. ſi procuratorem dedero. ff. mandat.*

2. Accedit huic, quod minori nihil imputari poſſit, quod cum ferenda eſſet ſententia, ipſe maior ſit effectus: cum enim per eum non ſteterit, quo minus lis terminata & ſententia lata fuerit, cum adhuc eſſet minorennis, non debet ipſi ſuperueniens ætas obeſſe; alioquin quod in fauorem eius receptum, in odium ipſius ſummum detorqueretur, contra *l. quod fauore Codic. de legib. & l. non eo minus Codic. de procurat.*

3. Quin & occaſio præberetur lites prorogandi & protelandi: nam ſi is, qui cum minore agit, præuideret hunc mox maiorem futurum, doloſe protraheret ac protelaret litem, quo ſententia aduerſario iam maiore effecto ferretur, nec per in integrum reſtitutionem ſententia reſcindi poſſet.

4. Poſtremo cuiuſcunque rei & negotii initium inſpiciendum eſt, & cauſa, non finis *l. ſi procuratorem 8. pr. mandat. l. 1. §. ſi rem depoſitam & §. ſi ſeruus 30. depoſiti*, etiam cum agitur de reſtitutione minoris *§. ſcio l. 3. ff. de minor.* prætor enim notauit tempus minoris ætatis, cum in integrum reſtitutionem pollicitus eſt minoribus aduerſus ea, quæ geſſerunt in minori ætate *l. 1. §. 1. ait prætor. ff. de minor.* Nihil itaque aliud inſpiciendum eſt, quam vtrũ minor aliquid male geſſerit, non an maior perfecerit. Quocirca ſi cum minore

actum

Digitized by Google

actum ſit & ſententia in maiorem iam factum lata fuerit, dicendum eſt, quod in integrum reſtitutio aduerſus hanc ſententiam non minus tribuenda ſit, quam ſi aduerſus minorem lata eſſet.

Ego, aliorum ſaluo iudicio, priorem ſententiam, quam & Autor approbat, iudico eſſe veriſſimam. Confirmatur enim textu aperto *l. 3. §. ſi quis cum minor.* 1. *ff. de minorib.* in qua Vlpianus: *Si quis, ait, cum minore contraxerit & contractus inciderit in id tempus, quo maior effectus eſt, quæritur, vtrũ initium an finis ſpectari debeat?* Et ex mente Vlpiani Iuriſconſulti reſpondetur reſtitutionem ceſſare, quaſi maior factus comprobauerit quod geſſerat. *in ſequenti verſic.* ita idem Vlpianus proponit: *Celſus lib. 11. epiſt. & Digeſt. 2. tractat. ex facto à Fuluio reſpecto prætore conſultus, minor annis viginti quinque annum forte 24. agens iudicium tutelæ heredi tutoris dictauerat, mox factum eſt, vt non finito iudicio iam eo maiore effecto tutoris heres abſolutus proponeretur, & ex eo in integrum reſtitutio deſiderabatur. Celſus igitur Reſpecto ſuaſit, non facile hunc quondam minorem in integrum reſtitui, ſed ita demum ſi aduerſarij calliditate & inſidiis id actum probaretur, vt eo maiore facto liberaretur. Neque enim extremo iudicij die videtur ſolum hic minor deceptus, ſed totum hoc ſtructum, vt maiore eo facto liberaretur. Idem tamen confitetur, ſi leuior fuerit aduerſarij ſuſpicio quaſi doloſe verſati, non debere hunc in integrum reſtitui.*

Ecce hic aperte ſtatuitur ſententiam latam aduerſus maiorem factum non reſcindi in integrum reſtitutione, excepto vnico iſto caſu, quo dolo aduerſarii protelatum fuerit iudicium, quo aduerſus maiorem effectum ſententia ferretur.

Nec poſterioris ſententiæ argumenta, quantumuis valde ſint ſpecioſa, quanquam refragantur.

Non certe primum: nam quod tunc, quando de minore in integrum reſtituendo quæritur, non initium, ſed finis & perfectio actus ſpectari debeat, expreſſe *in d. l. 3. §. 1.* diſponitur.

Sic etiam ſecundum non refragatur: tametſi enim nihil fortaſſis poſſit imputari minori, quod antequam maior exiſteret ſententia in ſe lata non fuiſſet, quia tamen eo tẽpore, quo læſio accidit, maior amplius non eſt, adeoque beneficii cauſa deficit, idcirco æquum eſt, vt ipſum quoque beneficium denegetur: nec ſane hic ſpectatur, an imputari poſſit culpa ei, qui maior effectus eſt, quod tunc, cum adhuc eſſet minor, læſus non fuerit, ſed læſio in maiorem ætatem inciderit; ſed hoc ſolum conſideratur, qua ætate læſus fuerit.

Non obſtat tertium argumentum: nam ſi appareat dolo aduerſarii protelatam eſſe litem atque effectum, vt ſententia non in minorem, ſed maiorem ferretur, æquum eſt dolum hunc aduerſarii non obeſſe minori, nec eum reſtitutionis beneficio excludere, ac proinde & hunc caſum expreſſe excipit Iuriſconſultus Vlpianus *in d. l. 3 §. 3.* Hoc vero caſu excepto, regula confirmatur in caſib. non exceptis.

Non obſtat quartum argumentum: Finis enim, & non cauſa ſpectari debet, idcirco, quia per ſententiam lęditur is, qui vincitur, non per ea, quæ ſententiam præceſſerunt.

Sententia enim illa eſt, quæ pro veritate habetur, & cui parere oportet propter authoritatem rei iudicatæ *l. 16. §. pluris. ff. de pign. l. 65. §. Cum prætor. ff. ad Trebell.* Proinde ſi poſt legitimam ætatem prolata ſit ſententia, non poteſt victus petere reſtitutionem, ob id quod iudicium cœptum fuerat in minori ętate. *d. l. 1. C. ſi adu rem iud.*

Nec ad rem facit *d. §. Scio. 2. l. 3. de minor.* Nam in caſu, illic propoſito, initium ſpectandum eſt, non quaſi finis & perfectio negocii ſpectari non debeat, ſed ad excluſionem eius, quod factum eſt poſt cõpletam maiorem ætatem, quia id non tam ad finiendũ & perficiendũ negociũ pertinet,

quam ad conſequentias finiti iam & perfecti negotii: nec enim is, qui nunc heres eſt, & nomine & effectu, ſiue per aditionem, ſiue per immixtionem, ob id magis heres eſt, quod debitum hereditarium aut perſoluerit, aut exegerit poſtea, cum is qui ſemel heres fuit, ſicuti non poteſt deſinere heres eſſe *l. 88. de hered. inſtit.* Ita nec magis fieri heres ita pulchre Anton. Fab. *in ration ad pandect.*

Lit. D. Illud generatim verum eſt, quod cum aduerſus ſententiam reſtitutio in integrum petitur, nouo libello litiſque conteſtatione opus ſit.

Ratio autem & fundamentum huius in eo conſiſtit, quod omnis cauſa ſit plenaria, ex qua infertur graue præiudicium ſecundum gloſſam *in l. Iudices C. de iudic.* Igitur & reſtitutionis cauſa cenſenda eſt plenaria, cum per eam tractetur ſententia non abſque magno partis victricis præiudicio; ideo etiam, abſente altera parte, iudex de reſtitutionis cauſa aduerſus ſententiam latam non cognoſcit.

Atque hanc ſententiam Cameræ Imperialis præiudiciis eſſe confirmatam teſtatur Mynſing. I. *obſeru. 49.*

Conantur etiam eandem confirmare *l. 1. Codic. ſi aduerſ. rem iud. in verb.* habere actionem pro ſuperflua poteſtis; cum talis actio aliter in iudicium deduci nequeat, niſi via ordinaria & obſeruatis ſolemnitatibus à lege requiſitis. Sed Mauritius perſpicue oſtendit, eam legem nō ad propoſitum quicquā facere, propterea quod in ea non dicatur, minorem via reſtitutionis conſequi, quod omiſerat tutelæ iudicio petere, ſed eum hoc actionis ordinatio iure conſequi, ad quod merito tali via admittatur, quia ſit noua petitio rei, quæ nondum in iudicium deducta fuerat: nec poſſe, ait, verba iſta, *de ſuperfluo actionem habere poteſtis*, referri ad reſtitutionis beneficium, quod extraordinarium eſt.

RESOLVTIO THESIS *Decimaquintæ.*

Lit. A. NOn ſufficit ad reſtitutionem in integrum impetrandam ætatem minorennem eſſe probatam, ſed requiritur inſuper vt probet quoque minor ſe læſum & circumſcriptum eſſe.

Probat hoc diſerte *l. 9. §. 4. ff. de iureiur.* vbi Vlpianus: *Si minor annis viginti quinq; detulerit & hoc ipſo captum ſe dicat; aduerſus exceptionem iuriiurandi replicari debebit, vt Pomponius ait; ego autem puto hanc replicationem nō ſemper eſſe dandam, ſed plerumq; ipſum prætorem debere cognoſcere, an captus ſit, & ſic in integrum reſtituere: nec enim vtique qui minor eſt, ſtatim & circumſcriptum ſe docuit.*

Sed quod non minori incumbat probatio læſionis, ſed potius aduerſarius docere debeat minorem læſum non eſſe, ſed in ſuam vtilitatem pecuniam conuertiſſe probare videtur *l. 1. C. ſi adu. credit.* nam in ea dicitur, quod minor, qui contraxiſſe proponebatur, ſine alia probatione læſionis reſtitui iure debeat hoc ipſo ꝙ contraxit; nec aliter ſubmoueatur reſtitutio, quam ſi probetur præſidi minorem locupletiorem eſſe factum: at hæc probatio non exigitur à minore, qui nihil dicit, ſed potius negat; alioquin potius ſua ipſius cōfeſſione excluderetur; ſed exigitur ab aduerſario, qui hac defenſione vtitur ad minorē remouendum; quod ſane videri poteſt aduerſus ſuperiores regulas de probationibus conſtitutum.

Reſp. Cæterum non refragatur hęc lex priori ſententiæ; recte enim Donellus etiam in iſta *l. 1.* mulierem probare debuiſſe læſam ſe eſſe: probaſſe autem ſatis ſimulatque conſtiterit eam cōtraxiſſe, ſiue mutuam pecuniam accipiendo, quam poſtea perdidit, ſiue aliud quid gerendo: nam contrahendo in ſe ſuſcepit obligationem, quam non ſuſcipere licebat, quod qui facit aperte læſus eſt.

Sed de hac re prolixe fuit actum ſupra. *ſub theſi 9. lit. A.* vbi vide.

Verum

Verum ſi paratus ſit aduerſarius in ſe recipere onus probandi, ac docere quod minor non ſit læſus, anne audiendus ſit, quæritur? Et quod audiendus ſit, verius eſt; cuius aſſertionis fundamenta, contrariis refutatis, ſupra adduximus ſub *d. theſi 9. lit. A.*

Litera B. Quin etiam ad prætoris officium ſpectat cognoſcere quomodo læſio contigerit, & in læſionis qualitatem inquirere: non enim omnia, ait Vlpianus, quæ minores annis viginti quinque gerunt, irrita ſunt; ſed ea tantum, quæ, cauſa cognita, eiuſmodi deprehenſa ſunt, vel ab aliis circumuenti, vel ſua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiſerunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiſerint; aut ſe oneri, quod non ſuſcipere licuit, obligauerunt.

Litera C. Etſi verò ſic demum reſtitutio minoris fiat ſi læſus ſua facilitate deprehendatur; verius tamen eſt, non eſſe libellum iſtum, vt ineptum reiiciendum in quo nō allegatur minorem inconſulta facilitate læſum: tum quia in *leg. 5. Cod. de reſtitut. in integrum minor.* nil amplius requiritur, quam vt minor probet ſe captum eſſe: atqui ſi in libello allegandum eſſet, ſua facilitate minorem eſſe lapſum vel circumuentum, vtiq; & hoc probandum foret: tum etiam quia infirmitas & lubricum ætatis natura ſunt ætati minori adiuncta, idcirco peculiariter probanda non erunt, ſed ſufficit præſumpta probatio ex eo inducta quod probata eſt læſio.

Litera D. *Qu. 95. An ſi minor conſenſum geminauit, reſtitutio detur?* Cæterum, ſi aduerſarius prætendat bis conſenſiſſe minorem ſuumq; conſenſum geminaſſe, vtrum tunc reſtitutio in integrum nihilominus concedatur, ſcrupulo non caret? equidem ſunt multi, & quidē primi nominis ICti qui ſtatuunt, geminatum hunc conſenſum excludere in integ. reſtitutionis beneficiū, quos recenſet Arius Pinellus, in loco ab autore allegato.

Sed quod geminato conſenſu non tollatur, nec excludatur in integrū reſtitutionis beneficium, veritati magis conuenire videtur: tum quod in textibus propè infinitis, generaliter ac pro regula traditur, quod lęſus minor in integrum reſtituatur *l. 1. & tot. tit. ff. de min. d. l. 5. C. eod. tit.* nec vllibi caſus iſte, quo ſuū conſenſum geminarit minor, exceptus reperitur: tum etiam quia, poſita & admiſſa cōtraria opinione, daretur maxima occaſio fraudib. faciliméque eluderetur in integrum reſtitutio, cum perfacile is, qui cum minore contrahit, poſſet minorem inducere vt conſenſum ſuum repeteret, ac ingeminato conſenſu contractum confirmaret: tum denique quia eadem facilitate læſus iterum conſentiret, qua prius conſenſit: minor verò, ſua facilitate læſus, in integrum reſtituitur: proinde & is, qui conſenſum repetiit.

Quocirca, etſi alias non exigua ſit geminati & repetiti conſenſus vis atq; effectus *arg. l. 1. ff. de conſtit. pecunia.* non tamen hoc operari poterit, vt reſtitutionem in integrum excludat. Et tantum de reſtitutione minorum 25. annis.

RESOLVTIO THESIS DECIMÆ SEXTÆ.

QVARTA in integrum reſtitutionis cauſa eſt *capitis diminutio.* Etenim cum quis emancipatione ſtatum ſuum mutat, obligationes prius contractæ pereunt, aduerſus has itaque datur alteri, qui cum capite diminuto cōtraxerat, in integrum reſtitutio; ita enim prætor ait: *Qui quaeue poſteaquam quid cum his actum contractumve ſit capite diminuti, diminutæ eſſe dicentur, in eos easve perinde, quaſi id factum non ſit, iudicium dabo. l. 2. §. 1. ff. de cap. diminut.* *Litera A.*

Quod tamen ad eas tantum capitis diminutiones, quæ ſalua ciuitate contingunt pertinere, Gaius monet in *d. l. 2. prin.* Etenim maxima & media capitis diminutione obligationes ita extinguūtur, vt reſuſcitari ac reſtitui non poſſint *l. 7. §. vltim.*

ff. de cap. diminut. quippe cum hæ duæ capitis diminutiones, non ciuilis, ſed naturalis iuris ſint, §.*vltim. Inſt. de legit. agnat. tutel.* ideo aduerſus eas reſtitutio, iure ciuili ac prætorio introducta, non datur *d. §. vlt. Inſt. de legit. agnat. tut.*

Proinde aduerſus capitis duntaxat minimam diminutionem datur reſtitutio in integrum, veluti cum quis per adoptionem, aut emancipationem ſtatum mutat: obligationes enim priores ſtricto iure, etiam per hãc capitis diminutionem pereunt; ſed quia iniquum erat hunc in modum ludificari & agendi facultate priuari eos, qui cum talibus, bona fide, contraxiſſent; idcircò prætor illis in integrum reſtitutione ſuccurrit.

Hanc porro minimam capitis diminutionem, ait prætor, priuata tantum hominis & familiæ iura adimere *l. 6. Digeſt de capit. diminut.* Quod enim iura publica & ciuilia adimant maxima & media capitis diminutiones, expeditum eſt, & expreſſe teſtatur Iuſtinianus in *tit. Inſtit. de capit. diminut.* Quocirca *dict. l. 6.* ad præcedentia reſpicit, in quibus de capitis diminutione minima dictum erat Anton. Fab. in *rational ad d. l. 7.*

Extinguit autem capitis diminutio hęc minima ea, quæ in iure potius quam in facto conſiſtunt: *Nam quæ talia ſunt, vt facti potius ſint, quam iuris, poſt capitis diminutionem perſeuerant*, ita Modeſtinus: *Legatum in annos ſingulos, vel menſes ſingulos relictum, vel ſi habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis tamen diminutione perſeuerat: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in iure conſiſtit.*

Et ratio eſt, quod poteſtas iuris ciuilis, ex quo ſunt omnes capitis diminutiones, ad ea extendi & porrigi non poſſit, quæ ſunt meri facti *l. 19. ff. ex quib. cauſ. maior. leg. 44. de condit. & demonſtrat.* Ant. Fab. in *rat. ad d. l. penult.*

Qu. 96. *Vtrum minima capitis diminutio extinguat tutelas?* Cæterum vtrum & tutelas extinguat & adimat hæc capitis diminutio minima quæritur? Et reſpondet Iuſtinianus quod minima capitis diminutio tutoris nullam tutelam perimat, excepta tutela legitima: capitis verò diminutione impuberis oẽs tutelæ, etiã teſtamentaria & datiua, pereant §. *ſed & cap. dimin. Inſtit quib. mod. tut. fin.* Et Paul. in *l. 7. ff. de cap. dimin.* Tutelas etiam non amittit capitis diminutio, exceptis his, quę in iure alieno poſitis perſonis deferuntur: igitur teſtamento dati vel ex lege, vel ex SCto, erunt nihilominus tutores: ſed legitimæ tutelæ ex 12. tabulis interuertuntur, eadem ratione, qua hereditates exinde legitimæ; quia agnatis deferuntur, qui deſinunt eſſe, familia mutati.

Ratio autem cur capitis diminutione impuberis minima pereat omnis tutela hæc eſt, quia qui arrogatur in arrogatoris poteſtatem tranſit §. *11. Inſt. de adopt.* at qui in tutela ſunt, illi non ſunt in poteſtate, ſed ſui ſunt iuris *pr. Inſt. de tutel.*

Tutoris vero minima capitis diminutione teſtamentaria & datiua tutela non pereunt, quia ſi emancipetur tutor, ſui efficitur iuris & paterfamil. adeoq; ſtatus ipſius augetur, ac proinde quia tutelã retineat ipſi adhuc filiofam. delatam, dubium plane nullum eſt: ſin vero arrogetur tutor & filiusfam. efficiatur, ideo non perit tutela, quia non ſolum patresfamil. ſed & filiifamiliàs tutores eſſe poſſunt. *pr. Inſt. qui teſt. tut. dari poſſ.*

Legitima autem tutela capitis diminutione tutoris ideo perit, quia hæc defertur ratione agnationis *tit. Inſtit. de legit agnat. tutel.* & *dict. l. 7. Digeſt. de capit. diminut.* Agnatio autẽ minima capitis diminutione extinguitur §. *fin. Inſt. de legit agnat. tut.* §. *pen Inſt. de cap. diminut.*

Excipiuntur illæ tutelæ, quæ nouis legibus introducuntur; hæ enim capitis diminutione minima non finiuntur *dict. leg. 7. pr.* vbi poſtquam minima capitis diminutione tutelas legitimas extingui ICtus docuiſſet, ſubiicit hæc verba: ex nouis autem legib. & hereditates & tutelæ ſic plerumq;

tumq́ue deferuntur, vt perſonæ naturaliter deſignentur, vt ecce deferunt hereditatem SCta matri & filio, quib. verbis innuit ICtus rationem ob quam nouæ tutelæ non pereant minima capitis diminutione, quoniam ratione naturali & intuitu ac contẽplatione coniunctionis naturalis deferuntur; iura verò naturalia ſunt immutabilia *§.pen Inſt.de iur.N.G. & Ciu.* nec capitis diminutione minima extinguuntur *§.final Inſtit.de legit.agnat.tutel.* Sed hodie nec legitima tutela per minimam capitis diminut. finitur, cum enim ex noua Iuſtiniani conſtitutione in *Nov.118.c.5.* cognati pariter cum agnatis ad tutelam vocentur, nec amplius legitima tutela iure agnationis deferatur, ideo licet minima capitis diminutione tutor agnatus eſſe deſinat, quia tamen cognatus manet, idcirco iure cognationis tutelã retinet. De vera lectione *d.l.7.pr.* valde diſceptant Interpp. cum enim in vulgarib. exemplaribus ita legatur: tutelas etiam non adimi capitis diminutione exceptis his, quæ in iure alieno poſitis perſonis deferuntur: Haloand. inſerit textui particulam Non ac pro deferuntur legit non deferuntur.

Reſtitutio vero in integr. aduerſus capite minutos datur creditorib. ad hoc, vt obligationes priſtinas, iuris ſubtilitate extinctas, recuperent, ipſiq́ue capite minuti ſic perinde teneantur, ac ſi capitis diminutio non interueniſſet: cum enim minima capitis diminutio obligationes extinguat & actiones, ſicut ſuprà oſtenſum fuit; hoc autem cum iniuria & detrimento creditorum manifeſtè coniunctum ſit; idcirco ne facto alieno iniqua conditio creditoribus inferatur, ſuccurrit prætor illis per integrum reſtitutionem atq; obligationes, capitis diminutione extinctas, reſtituit.

Sciendum verò eſt, quod capitis diminutione minima obligationes duntaxat ex mero iure ciuili deſcendentes extinguãtur: nam quæ ex iure naturali vel gentium proficiſcuntur, capitis diminutione minima non extinguuntur, quoniã capitis diminutio minima iura naturalia, quęque ex illis deſcendunt ac dependent non tollit *d.§.vlt.Inſt.de legitim.agnat.tutela.*

Cęterum emancipationem olim fuiſſe capitis diminutionem, inter omnes conſtat: ſiquidem olim is, qui à patre emancipabatur, prius quam ſui efficeretur iuris, in ſeruilem ſtatum deducebatur: pater enim, ſi filium ſuum mancipio ſeu poteſtate ſua liberum facere deſiderabat, neceſſum habebat filium per huiuſmodi nexus ſolennitatem alicui, puta Gaio, vno ſolùm nummo mancipare, id eſt, vendere, adhibitis non minus quinque teſtibus, ciuibus Romanis puberibus, præterea alio eiuſdem conditionis, qui libram æneam tenebat, & dicebatur libripens; tunc is, qui filium empturus erat, nummum tenens, ita dicebat: ***Hunc ego hominem iure Quiritium, meum eſſe aio, iſque mihi emptus eſto hoc nummo, æneaque libra.*** Deinde nummo percutiebat libram illumq́ue dabat ei, à quo hominem accipiebat, quaſi precii loco. Quo facto, homo, hoc eſt, filius ille in imaginariam ſeruilem cauſam dicebatur deductus *leg. qui liberos. §.1.Digeſt.de capit.dimin.* & ob hanc imaginariam ſeruilem cauſam dicebatur olim emancipatus capite minui. Cæterũ poſtquam hodie venditiones huiuſmodi ſolennes & mancipationes Iuſtin. Conſtit. ſublatę ſunt, vt ipſe teſtatur *§ praterea.Inſt. quib.mod.ius patr pot.ſolu.* Idcirco non iniuria, nec immerito quæritur, anne adhuc hodie emancipatio ſit capitis diminutio? Negant Don. *6.comm.16.* Gon. *1.var.lect.26.* Vacun. *declar.16.* Frid. Pruckm. *ad §.ſoluta poteſtas fol.47.n.79.* Niell. *in diſp feud.6.th 2.*

Qu. 97. An emancipatio ſit adhuc hodie capitis minutio?

1. Nam olim, inquiunt, emancipatio erat capitis diminutio, quia ſemel, iterum, tertio, vt ſcribit Gaius in inſtitutione, is qui emancipandus erat, vendebatur, & vt ſcribit Iuriſc. in *l.liberos.ff. de capit.dimin.* in ſeruitutis imaginariam cauſam deduce-

Digitized by Google

batur; vnde & mortalitati comparabatur emancipatio in *leg. Gallus. §. quid ſi tantum. Digeſt. de lib. & poſthum. l. ſi ita. Digeſt. quand. dies legat. cedat.* At hodie ſublata eſt hæc ratio, poſtquam ex mancipatione ſuſtulit Iuſtinianus imaginarias iſtas venditiones *§. præterea. Inſtitut. quibus modis ius patr. poteſtat. ſoluitur.* Quare emancipatio non amplius dicenda erit capitis diminutio.

2. Præterea filiusfamilias per emancipationem capite non minuitur, ſed magis augetur: cuius deterior fit conditio per ſtatus mutationem in aliquo, is dicitur capite minui; nunquam vero is, cuius per omnia melior. Hinc etiam ſeruus, licet ſtatum ſuum mutet, eo quod ex ſeruo fit liber, non tamen capite dicitur minui, quia capite augetur eiusq; ſtatus per omnia in melius mutatur.

Contrariam vero affirmatiuam opinionem, quod & hodierno iure emancipatio ſit capitis diminutio, tuentur poſt Accurſium in *§. præterea emancipatione. Inſtitut. quibus modis ius patr. poteſt. ſolut.* Franciſc. Hotomann. & Iohann. Harprecht. *ad §. minima. Inſtit. de capit. dimin.* Franc. Duaren. *in tit. ff. de capit. dimin.*

1. Quia, definiente Iuſtiniano, in *princ. Inſtitut. de capit. dimin.* Capitis diminutio eſt prioris ſtatus mutatio: atqui emancipatio non minus hodie, atque olim, eſt prioris ſtatus mutatio: ſiquidem emancipatus qui olim alieni erat iuris, nunc ſui iuris eſſe incipit, atq; è familia patris exit, nouamq; familiam conſtituit. *d. §. 32. Inſtit. quibus mod. ius patr. pot. diſſolu.* Nec refert, quod ſtatum ſuum non in melius, ſed in deterius mutet. Hoc enim requiſitum capitis diminutionis non eſt, vt mox demonſtrabitur.

Nec & ad rem facit, quod Vacuna reſpondet. Non ideo dicendum filium per emancipationem capite minui, quia ſui fit iuris, alioquin morte quoq; patris dicendum capite minui filium, cum mortuo patre, ſui iuris filii efficiantur. *§. 1. Inſtitut. quibus modis ius patria poteſtatis ſoluitur.*

Reſpond. Hoc, inquam, non obſtat, quia morte quidem patris filius efficitur ſui iuris, vt emancipatione: at morte patris familiam non mutat, nec è familia patris exit, vt emancipatione *§. final. Inſtitut. de legit. agnat. tutel.* Familiæ autem mutatio eſt capitis minutio *l. fin. Digeſt. de capit. diminut.*

2. In *§. minima. Inſtitut. de capit. diminut.* expreſſe Iuſtinianus ad minimam capitis diminutionem refert emancipationem: ſic enim ſcribit: *Minima capitis diminutio eſt, cum ciuitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur, quod accidit in his, qui cum ſui iuris fuerunt, cœperunt alieno iuri ſubiecti eſſe, vel contra; veluti ſi filiusfamil. à patre emancipatus fuerit, eſt capite minutus.*

Reſpondet quidem Niellius in *dict. §. Minima. Inſtitut. de capit. dimin.* referri ſolum ius vetus, quod in emancipatione obtinebat, improbari vero ſaltem per neceſſariam conſequentiam in *d. §. præterea.* Inſuper verba *d. §. 3. veluti ſi filiusfamil. &c.* eſſe ambiguæ fidei, idque indicare notas, quibus in pandectis incluſa ſunt.

Veruntamen non infringit hoc propoſitum argumentum: primũ enim eſt plane diuinatorium: quinimo nec veritati conſentaneum: ad quid enim obſecro Iuſtinianus ius vetus referret, ſi idem nec approbaret, nec improbaret expreſſe. Vt taceam quod Iuſtinianus apertè teſtetur, ſe in inſtitutionibus nihil tyronibus iuris proponere, quod in ipſis rerum monumentis non obtineat. *Proœm. Inſtitut.* At poſterius etiam quodammodo temerarium eſt, propter circulos quoſdam textũ, cuius lectio omnibus in manuſcriptis & impreſſis exemplaribus certa & conſtans eſt, in dubium reuocare.

3. Quocunq; actu familia mutatur, ille eſt capitis diminutio *l. final. ff. de capit. diminut.* vbi Paulus: *Cum & libertas & ciuitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam eſſe capitis diminutionem conſtat.* Atqui emãcipatione

cipatione

cipatione etiamnum, poſtquã venditiones & emancipationes imaginariæ ſublatæ ſunt, familia mutatur §. *præterea. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. l. fin. C. de emanc. lib.* Igitur adhuc hodie eſt capitis diminutio.

Ad primum igitur contrariæ opinionis fundamentum reſpondeo: cur olim emancipatio capitis fuerit diminutio, nō hanc veram rationem fuiſſe, quod emancipandus in ſeruilem ſtatum fuerit deducendus, hac ſiquidē imaginaria vēditione & emãcipatione nihil reuera libertati ei detrahebatur, nec per eam ſeruus efficiebatur; ſed idcircò potius emancipationē fuiſſe capitis diminutionē, quia ſtatum, h. e. familiam mutarit *d. l. fin. ff. de capit. min.* §. *minima. Inſtit. eod.* Quod cum adhuc hodie per emancipationem fiat, *d.* §. *minima d.* §. *præterea & l. fin. Cod. de emancip. lib.* ideo etiamnum dicenda erit capitis diminutio. Et ſane ſi propterea emancipatio non eſſet capitis diminutio, quia qui emancipatur in ſervilem ſtatū non amplius deducatur, ſequeretur, nec deportationem, nec aquæ & ignis interdictionem, nec deniq; arrogationem eſſe capitis diminutionem cum fiãt ſine vera vel adumbrata ſeruitute ac mancipatione.

Ad ſecundum reſpondendum eſt; negando non capite minui eum cuius conditio fit melior & ſtatus mutetur in melius. Quia ad capitis diminutionem requiritur, vt ſtatus mutetur; quomodo verò mutetur nihil intereſt *l. 1. ff. de capit. dimin. princ. Inſtit. eod.* Quia & olim emancipatio capitis fuit minutio, etſi per eam conditio emancipati non fuerit reddita deterior: ſeruitus quippe in quam emancipatus deducebatur, ficta ſolum imaginaria & adumbrata erat, nec vllo incommodo emancipatum adficiebat. Vt igitur tunc potuit eſſe capitis diminutio; ita & nunc capitis diminutio eſſe poterit.

3. Quia emancipatus nō per omnia ſtatum ſuum & conditionē meliorē reddebat: ſiquidem in teſtamento patris iure ciuili impunè præteriri poterat, nec patri ab inteſtato ſuccedebat.

4. Quia etſi filius ſtatum novum acquirat, veterem tamen amittit, & familiam patris iuraque inde dependentia perdit. Nec huc quadrat exemplum ſerui manumiſſi: Seruus enim manumiſſus ideo nō capite minui dicitur, quia prius caput & ſtatum non habuit, quo diminueretur §. *ſeruus. Inſtit. de cap. diminut.* Priuatio autem omnis præſupponit habitum. Neque vero concedendum, quod ſervus ſtatum habeat, prout hic ſtatus accipitur, ſtatus enim conſiſtit in ciuitate, libertate & familia: at nihil horum habet ſeruus: perſonã quidem ſeruum habere fateor, ſed ſtatum non item: & quanquam is, qui è libero fit ſeruus, ſtatum mutare dicatur *princ. &* §. *1. Inſtit. de capit. diminut.* id tamen idcirco dicitur, quia ſtatum ſeu libertatem amittit. Cum è libero fit ſeruus, capitis diminutio dicitur: non vero cum è ſeruo fit liber: quia illic ſtatus mutatur ac perditur: hic verò non item.

Resolvtio Theſis Decimæſeptimæ.

QVinta reſtititutionis in integrum cauſa eſt Absentia Ivsta: ſi enim quis Reipublicæ cauſa abſens damnum fuerit paſſus & res quaſdam præſcriptione, vſucapione vel alio aliquo modo amiſit, in integrum reſtituitur, ſic vt præſcriptio, ſeu vſucapio reſcindatur, in priſtinum ſtatum res reſtituatur, vt perinde ſit ac ſi præſcriptio ſeu vſucapio nunquam interueniſſet. *Litera A.*

Nec ſolum ſpontanea; ſed & neceſſaria & violenta abſentia locum facit reſtitutioni in integrum, vt ſi quis in vinculis detentus, damnum ſit paſſus. Quę. 98 *An ignorantia ſit iuſta cauſa reſtitutionis?*

Sed vtrum iuſta reſtitutionis cauſa ſit etiam ignorantia quæritur? ſicut ſi quis ignoret rem ſuam ab alio poſſideri reſtitutionem in integrū petere poſſit, ſi ipſo

ignoráte, res vſucapta fuerit. Non deſunt vtiq; qui affirmatiuę patrocinentur, moti ſequentibus argumentis.

1. In *l.3. in fin. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annorum*, diſerte Imperator ſcribit: ***Nulli*** (aduerſus præſcriptionem) ***mouendi vlterius facultatem competere, etiamſi de legis ignorantia excuſare tentauerit***: vnde à contrario ſenſu colligitur, quod ignorantia facti pariat facultatem vlterius mouendi, non obſtante triginta annorum præſcriptione; & ſi hoc non voluiſſent Imperatores non reſtrinxiſſent hoc ad ignorantiam iuris.

2. Cui addunt & hoc argumentum, quod non ex ſola iuſta abſentia, ſed ex alia qualibet iuſta cauſa maioribus 25. annis in integrum reſtitutio detur *l.1 ff. ex quibus cauſis maior.* vbi in edicto prætoris, quod ibidem proponitur, hæc clauſula ſubiicitur: ***Si qua alia iuſta cauſa eſſe videbitur in integrum reſtituam, quod eius per leges, plebeſcita, Senatuſconſulta, edicta, decreta principum licebit.***

3. Accedit inſuper his *l. & Atilicinus. 35. ff. de ſeruit. præd. ruſtic.* vbi aduerſus præſcriptionem datur in integrum reſtitutio; verba legis hæc ſunt: ***Et Atilicinus ait, Cæſarem Statilio Tauro reſcripſiſſe in hæc verba. Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere ſoliti ſunt, adierunt me: propoſueruntq́ aquam, qua per aliquot annos vſi ſunt, ex fonte, qui eſt in fundo Sutrino, ducere non potuiſſe, quod fons exaruiſſet; & poſtea ex eo fonte aquam fluere cœpiſſe, petieruntque à me, vt quod ius non negligentia aut culpa ſua amiſerant, ſed quia ducere non poterant, his reſtitueretur. Quorum mihi poſtulatio, cum non iniqua viſa ſit, ſuccurrendum his putaui. Itaq́, quod ius habuerunt cũ primum ea aqua peruenire ad eos non potuit, id eis reſtitui placet.***

4. Præterea pro hac opinione ſic argumentatur: quia reſtitutio in integrum eſt remedium iuris extraordinarium, idcirco ordinariis non excluditur, *arg. l. poſtquam litem. ff. de pactis.*

5. Deniq; cum præſcriptio in odium res ſuas negligentium ſit inducta: ignorans autem, & quidem iuſta ex cauſa ignorans res ſuas poſſideri & præſcribi, non poſſit dici res ſuas neglexiſſe; ſequitur ei dari in integrum reſtitutionem aduerſus pręſcriptionem longi aut longiſſimi temporis. Sed tamen his nil penitus motus, contrariæ opinioni firmiter inhærendum puto.

1. Quia in *l. omnes 4. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* is, qui rem aliquam longiſſimo tempore præſcripſit, dicitur ***pleniſſima ſecuritate munitus.*** At non eſſet pleniſſima ſecuritate munitus, ſi in integrum reſtitutionem aduerſus præſcriptionem ſuam metuere cogeretur.

2. Quia in *l. fin. in fin. Codic. de long. temp. præſcr.* apertè ſcribitur in pręſcriptione rerum ***nullam ſcientiam aut ignorantiam eſſe expectandam.***

3. Quia deniq; aduerſus publicum nulla datur reſtitutio: at verò vſucapio bono publico eſt introducta *l. 1. ff. de vſucap.* Quapropter aduerſus eum reſtitutio in integrum non competet.

Ad contraria prioris opinionis fundamenta reſpond. hoc modo: ad primum, illud à contrario ſenſu ex *d. l. 3.* eſſe deductũ, & ideo contra textus expreſſos, modò adductos nil quicquam valere, quod autem Impp. expreſſam ignorantiæ iuris mẽtionem faciunt, id non eo conſilio factum, putandum eſt, quaſi ad hanc ſolam, cõſtitutionem ſuã reſtringere voluerint, ſed quia ipſis in conſultatione de ignorantia iuris propoſitum fuerit. Deinde vnius incluſio non eſt alterius excluſio, maxime vbi id quod hic omiſſum, alibi apertè includitur, cum lex cum lege conferri & vna ex altera explicari & ſuppleri debeat. Denique quod Impp. in *d. l. 3.* noluerint iuris ignorantiam excludere, clare pateſcit ex *verſic. ſext.*

Ad ſecundum reſp. clauſulam iſtam edicti prætoris: ***Si qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur***, non ſpectare ad alias cauſas

in inte-

in integrum reſtitutionis,ſed ad alias cauſas abſentiæ;& hoc velle prætorem,quod ſi alia iuſta abſentiæ cauſa, præter enumeratas in edicto apparuerit, tunc in integrum reſtitutio concedatur; idque interprete ipſo ICto in *l.26.ex quib. cauſ. maior.* Vbi clauſulam prædictam de iuſtis abſentiæ cauſis aperte interpretatur.

Ad 3.ex *l & Atilicinus.* deſumptum reſponſio expedita eſt, quod nempe illic nõ concedatur reſtitutio in integrum ob ignorantiam, ſed quia aqua longo tempore duci nequiuerit. Deinde non loquitur iſte textus de reſtitutione in integrum, q̃ prætor edicto pollicetur;ſed de reſtitutione planè extraordinaria, q̃ à principe ſeu imperatore extra ordinẽ conceditur. Ad 4 reſp.quod dicitur, ordinarium remediũ non excludere extraordinariũ, id hacten⁹ verum,quatenus non apparet legũlatorẽ extraordinarium remediũ excludere voluiſſe: At hoc loco id egiſſe Impp.in adductis conſtitutionib. vt excluderẽt extraordinariũ in integrũ reſtitutionis remediũ.

Ad vlt.reſp.non tamen odio dominorũ, res ſuas negligentium, quã propter bonũ publicũ vſucapionẽ fuiſſe introductã, ne ſcilicet domina rerũ ſint in incerto,*l.1.ff.de vſucap.pr.l.eod.tit.*præterea ſi argumentum hoc quicquam concluderet, evinceret vſucapionem aduerſus ignorantes plane non procedere, quod tamen dictu foret longe abſurdiſſimum.

Qu. 99. *An paupertas ſit iuſta cauſa reſtitutionis?* Sed vtrum iuſta cauſa in integrũ reſtitutionis maiorũ ſit*Paupertas*,vt ſi qs ob ſummã inopiã & extremã paupertatẽ non appellet exinde læſionẽ aliquã ſentiat reſtitui poſſit,quærit? Et quanq̃ pro affirmatiua multi nec ineruditi ICti pugnẽt,veri⁹ tamen eſt, q̃ non ſit iuſta cauſa reſtitutionis.Primo n. in proxime diſcuſſa queſtione oſtenſum fuit,reſtitutionẽ aliã ob cauſam,quã abſentiæ,maiorib.non tribui: pinde reſtitutionis iuſtam cauſam non ſuppeditabit paupertas. Accedit quod cum reſtitutio in integrũ ſit extraordinariũ remediũ & quidẽ violentum, vt q̃ comparatũ ſit ad ea, quæ iure ciuili valuerunt reſcindẽda:ideo,quantũ fieri poteſt,reſtringi nec ijs ex cauſis, quæ in iure expreſſæ non ſunt, admitti debent. Nec ſententiã hãc impedit textus in *l.ſi procurat.§.ſi ignorantes ff.mand.*ex qua extorquere diſſentiẽtes conantur paupertatẽ eſſe iuſtiſſimam cauſã,quare adexercẽdã appellationẽ quis reſtitui debeat. Nihil n. aliud ibi dicitur, quã quod ſi fideiuſſores à ſentẽtia, contrà Principalẽ lata,nõ prouocatint,paupertatẽ impediti,excuſata ſit eorũ inopia,nõ vt in integrũ aduers⁹ omiſſã appellationẽ reſtituant,& denuò ipſis appellandi facultas cõcedatur; ſed ne poſſint mãdati actione, principalẽ cõuenientes,exceptione repelli. Relegato quoque vtrum aduerſus dãnum, quod durante relegatione paſſus eſt, reſtitutio detur,expeditum non eſt.

Qu. 99. *An relegato conceditur reſtitutio in integrum?* Nam quod reſtitutio ei non detur ſignificare videtur l.*Papinian. 20. ff. de minoribus: exuli reuerſo non debet prorogari tempus in integrum reſtitutionis ſtatutum, quia abfuit, cum potuerit adire prætorem per procuratorem, vel Præſidem, vbi erat.*

Sed contrà, quod exuli, ſiue relegato competat in integrum reſtitutio, aſſerit Vlpianus in *l. 40. ff. ex quibus cauſis maior.*

Quod eo tempore, quo quis in inſula fuit ex pœna ei irrogata, cuius rẽſtitutionem impetrauit ab alio vſurpatum ex bonis,quæ non erant adempta probatum fuerit, ſuæ cauſæ reſtituendum eſt.

Hos textus ad ſpeciem pugnantes, ita conciliat Iulius Pacius, quod *d.l.40.* loquatur de reſtitutione quæ fit iure ordinario, veluti de re exuli reuerſo reſtituenda, quam alius temere occupauerat: ſed *d.l.20.de minorib.* agat de reſtitutione extraordinaria, quæ fit cognitione prætoria: hæc non conceditur exuli, niſi ex cauſa, vt ſi Procurator, quem exul reliquerat mortuus fuerit *l.26.§.1.ff. ex quibus cauſis.*

Et Antonius Fab. in Rationalibus ſta-

Digitized by Google

tuit, relegato per in integrum reſtitutionem regulariter non ſuccurri, ſi procuratorem non reliquerit, tum quod ipſi culpa imputari poſſit, quod nemini rerum ſuarum adminiſtrationem commiſerit, adeoque damnum, quod exinde ſentit, ne quidem ſentire intelligatur: tum quod non ſuccuratur hoc caſu ei, qui Reipubl. cauſa abfuerit *d. l. 40.* multo minus igitur ſit ſuccurrendum ei, qui exilij & pœnæ cauſa abfuerit. Ex cauſa tamen ſuccurri relegato *l. 26. §. 1. ff. Ex quibus cauſ. maior.* Cauſam vero eſſe ſi vel procurator mortuus ſit, vel non idoneus deprehendatur, vel ſi non potuerit inueniri qui exulis vel aliter abſentis mandata ſuſciperet, & ita quoque Iacobus Cuiacius.

Ego ſaluo aliorum iudicio, ita cum Matth. Weſenbec. ſtatuendum exiſtimo: eum, qui vel Reipublicæ cauſa abeſt, vel relegatus & in exilium ire iuſſus eſt, ſiue procuratorem reliquerit, per quem defenderetur, ſiue non reliquerit in integrum eſſe reſtituendum, ſi damnũ interea incurrerit *l. 26. §. 9. ff. ex quib. cauſ. maior.* vbi Vlpianus ICtus ita ſcribit: *Hac clauſula edicto inſerta eſt neceſſario: multi enim caſus euenire potuerunt, qui deferrent reſtitutionis auxilium, nec ſingulatim enumerari potuerunt, vt quotiens æquitas reſtitutionem ſuggerit ad hanc clauſulam erit deſcendendum:* vtputa legatione quis pro ciuitate functus eſt; æquiſſimum eſt eum reſtitui, licet Reipubl. cauſa non abſit & ſæpiſſimè conſtitutum eſt, adiuuari eum debere, ſiue habuit procuratorem, ſiue non habuit

Et ratio eius eſt ſatis perſpicua, quia ſi peregre abfuturus nullum relinquit procuratorem, culpa ei nulla imputari poteſt, quoniam non ſemper idoneus inueniri poteſt procurator, & ea inſuper eſt proficiſcentium ratio & feſtinatio illæque occupationes vt adminiſtrationẽ negotiorum ſuorum alicui demandare, aut non poſſint, aut non veniat in mentem.

Quod ſi verò abſens reliquerit procuratorem, cuius negligentia res perierint, adiuuari debet abſens, ſi malit reſtitui, quam intereſſe mandati actione cõſequi: Cur enim minus ſuccurretur diligentibus, quam his, qui rerum ſuarum curam neglexerunt *l. 24. ff. de his, quæ in fraud. credit.* Et cur melioris conditionis eſſent ſtulti quã periti *l. Seruus 4. ff. quod vi aut clã.*

Et quod hic non ſit diuerſum in relegato ſeu exule, atque in eo qui Reip. cauſa abeſt conſtituendum, ſatis oſtendit ICtus in *d. l. 26. §. vlt.* Nam cum dixiſſet, abſenti Reip. cauſa ſubueniendum, ſiue reliquerit procuratorem, ſiue non, ſubiicit in fine illius l. *Generaliter quotienſcunque quis ex neceſſitate, non ex voluntate abfuerit, dici oportere, ei ſubueniendum.*

Non obſtat huic ſententiæ primo l. 39. *ff. ex quib. cauſ. maior.* vbi Paulus, *Is qui Republica cauſa affuturus erat, ſi Procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit in integrum volens reſtitui non auditur.*

Reſp. Nam rectè Weſenbecius reſpondet, eam legem non loqui de abſente, qui Procuratorem reliquerit aduerſus præſentem, ſed de præſente aduerſus abſentem reſtituendo: huic enim imputari poteſt quod non egerit cum Procuratore. Igitur per *volentem reſtitui* intelligitur præſens, cuius res vſucapta fuit per abſentem, vt ſenſus legis hic ſit: ſi is, qui abfuturus erat Reip. cauſa, Procuratorem reliquerit, & interea res alterius præſentis vſuceperit, tum præſenti huic, cuius res vſucapta fuit ab abſente, non ſuccurri per in integrum reſtitutionem, eò quod culpa ipſi imputari poſſit quod cũ præſentis procuratore nõ egerit.

Non obſtat *d. l. 26. §. 1.* In qua Vlpianus, *Aduerſus relegatum reſtitutionem faciendam ex generali clauſula Pomponius ait, ſed & non ipſi concedendam, quia potuit procuratorem relinquere.*

Digitized by Google

Reſpond. Nam apertum eſt, quod hic textus de eo caſu ſit intelligendus, quo procuratorem ſatis cōmodum habere potuit: at quid ſi habere non potuit idoneū procuratorem? reſtituendus erit.

Non obſtat *l.1.§.fin. ff. quando appelland.* in qua dicitur, ſi abſentis procurator non prouocarit, difficile eſſe, vt abſens audiatur. Vnde colligitur, quod is, qui abſuturus procuratorem reliquit in integrum non reſtituatur.

Reſpond. Sed male: non enim dicitur, abſentem in integrum reſtitui poſtulantem audiendum non eſſe, ſed abſentem prouocare poſt biduum vel triduum volentem, non eſſe audiendum.

Lit. B. Sic autem abſens Reipubl. cauſa reſtituitur, vt ſi res ipſius captæ ſint, vſucapio reſcindatur, & ſi quæ actiones omiſſæ ſint & tempore ſublatæ reſtituantur, omniaque in priſtinum reponantur ſtatum, vt perinde ſit, ac ſi res ipſius nunquam fuiſſent vſucaptæ, nec actiones per temporis præſcriptionem extinctæ.

Lit. C. & E. Competit in integrum reſtitutio per abſentiam læſis *intra quadriennium.* Hoc enim omnibus in integrum reſtitutionibus, quibuſcunq; tandem ex cauſis competentibus, hodie eſſe præfixum, ac præfinitum ſupra *in theſi 1.* oſtendimus ex *l. fin. C. de temp. in integrum reſtitut.* Quod tamen tempus ad actionem reſciſſoriam, quæ diuerſiſſima eſt à reſtitutione in integrum, perperam referri Author noſter putat.

Etenim reſtitutio in integrum ad reſcindendum, quod geſtum eſt intra quadriennium continuum petenda eſt: actio autem reſciſſoria, quæ impetrata reſtitutione, & actu, qui geſtus erat, reſciſſo, intenditur de re ipſa reſtituenda, intra annum vtilem competit. Probat hanc ſententiam *leg. 35. Digeſt. de obligat. & action.* Nam ibi dicitur ſi actio detur reſciſſa vſucapione, anno eam finiri, quia contra ius ciuile datur. Nec mutatur hæc l. per conſtitutionem Iuſtiniani *in d. l. fin. Codic. de temp. in integr. reſtit.* vt mox dilucide oſtendetur.

2. Idem quoque relucet ex §. 5. *I. de act.* illic Iuſtinianus: *Si quis cùm Reipubl. cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem eius qui in ciuitate eſſet, vſuceperit; permittitur domino, ſi poſſeſſor Reipubl. cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum, reſciſſa vſucapione eam petere.*

Ecce hic actio reſciſſoria, vſucapione iam reſciſſa, dicitur intra annum competere.

Non obſtat *l. fin. Codic. de temp. in integr. reſtitut.* Nam loquitur ea expreſſe de in integrum reſtitutione, deque remedio reſcindente, vt clare indicant conſtitutionis iſtius verba initialia *Superuacuam differentiam vtilis anni in integrum reſtitutionis à noſtra Rep. ſeparantes, ſancimus &c. inde conſtat quadriennium iſtud de quo in ea l. fin. agitur præfiniri reſtitutioni in integrum, non vero reſciſſoriæ actioni.*

Nec mouet quod Iuſtinianus ait, quadriennium dari non tantum ad mouendam litem, ſed ad eam finiendam: nam per *litem finiendam* intelligit Imperator reſtitutionem in integrum, quæ non modo intra præfixum quadriennium ſit mouenda, ſed finienda quoque.

Non aduerſatur quoque quod in edicto prætoris de actione reſciſſoria & reſtitutione, vnius anni, non duorum fiat mētio *l. 1. ff. ex quib. cauſis maiores. in verb. earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit &c.* Vnde colligit Duarenus, quod cum prætor dicat, ſe reſtituturū intra annum, nec addat ſe intra alterum annum actionem daturum, eodem anno competat actio reſciſſoria quo reſtitutio, & conſequenter, mutato hodie anno reſtitutionis in quadriennium, actio quoque reſtitutoria intra quadriennium competat.

Reſp. Facile quippe largior, quod intra annum competat reſtitutio, & actio reſti-

 tutoria

Digitized by Google

tutoria quoq; intra annum detur, id quod prætoris edictum ſignificat: ſed inde non ſequitur, quod intra eundem annum detur vtrumq; remedium reſcindens & reſciſſorium, ſed potius quod poſt vſucapionem intra annum reſciſſam competat, intra annum reſciſſoria actio expreſſe docet *l.35.ff.de obligat & act.*

Similiter ad rem non facit, quod ait Duarenus, nullum ſe inueniſſe locum, in quo diſtinguatur annus reſtitutionis ab anno reſciſſoriæ actionis, ſed vbivis de eodem anno leges loquantur, non de duplici: cum ita Iuſtinianus *in §. Rurſus ex diuerſo.I de act.* loquatur ſimul de reſciſſa actione & reſciſſoria inſtituenda, & Iuriſconſultus *in d.l.In honorariis ff. de O. & A.* Idem ergo de hoc quadriennio dicẽdum, cum dicat Iuſtinianus ſe inſtituiſſe quadriennium loco vtilis anni.

Reſp. Etenim iidem textus euidenter probant, quod actio reſciſſoria intra eundem annum, qui reſtitutioni præfixus eſt, non ſit neceſſario inſtituenda, ſed ei alius annus præfigatur intra quem inſtitui debeat: dicitur enim *in d.§. Rurſus.* & *d.l.35.* actio reſciſſoria dari *reſciſſa vſu capione*, hoc eſt, poſtquam vſucapio eſt reſciſſa, atqui ad reſcindendam vſucapionem datur annus, proinde poſt annum iſtum, reſciſſioni vſucapionis præfixum, datur actio reſciſſoria ſeu reſtitutoria. Deinde obſeruandum, quod in textibus adductis non ſit ſermo de reſcindente remedio, ſiue de in integrum reſtitutione, ſed de actione reſciſſoria tantum; vt proinde mirum eſſe non debeat, ſi vnius ſaltem anni, reſtitutoriæ actioni præfixæ, & non anni duplicis mentio fiat.

Non aduerſatur quod, reſtitutione in integrum facta, priſtina actio, quæ ante vſucapionem de re ſua domino competebat, reſtituatur; eidemque reddatur dominium, quod vſucapione prius amiſerat; actio vero iſta, quæ prius domino competiit, fuerit perpetua, ac dominus etiam de re ſua habeat actionem in rem ſeu rei vindicationem quæ perpetua eſt.

Reſpond. Nam ſciendum eſt prætorem cum in integrum aduerſus vſucapionem reſtituit, vſucapionem reuera non reſcindere, ſed vim duntaxat & effectum ipſius: prætor ſiquidem vt dominium facere non poteſt *princip. Inſtit.de bonor.poſſ.* Ita quoque dominium, alii legitime & iure ciuili quæſitum, non poteſt auferre & alii reddere, ſeu reſtituere, proinde nec actionem veterem reddit, ſed actionem nouam; quia ſi, vſucapione reſciſſa, prior actio ciuilis competeret, non eſſet opus actionem prætoriam dari *§. 4. Inſtit. de act.* Et cum rei vindicatio ei competat, cui dominium iure ciuili quæſitum eſt *leg.23. Digeſt.de Rer. vind.* Nunquam vero aduerſus eundem competat: Idcirco non poteſt dari priori domino, cui ciuili iure per vſucapionem dominium legitime fuit ademptum, aduerſus eum cui vſucapione legitime erat dominium acquiſitum.

Non refragatur denique quod obiicit Donellus: verbum *reſtitutionis* declarare, integram reſtitui veterem actionem, vt ſi perpetua fuerit antequam amitteretur, tum etiam perpetua ſit, poſtquam reſtituta eſt. Perpetua autem fuerit actio in rem, quæ prius de rei ſuæ dominio competiit, igitur perpetua ſit etiam poſtquam eſt reſtituta.

Reſpond. Quod enim eadem actio reſtituatur quæ prius competiit, negatum ac refutatum iam ſupra fuit, & cur actio reſtitoria non poſſit eſſe perpetua, ratio eſt, quia aduerſus ius ciuile competit, & comparata eſt ad actum, iure ciuili validum ac ſubſiſtentem, reſcindendum, quæ ratio redditur *in leg.35. Digeſt. de obligat. & actionib.*

Hanc reſtitutoriam actionem vulgo appellitant *quaſi publicianam* actionem: tum quod ad exemplum & ſimilitudinem actionis publicianæ fuerit introdu- Lit.D.

cta

cta à prætore, vt arguit *d. §. rurſus ex diuerſo* tum etiam quia *in leg. 35. Digeſt. de obligat.* clare & perſpicue id ſignificari videtur: nam ibi Iuriſconſultus ſcribit: *Item publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur, ſed cum reſciſſa vſucapione redditur anno finitur &c.* His verbis Paulus actionem publicianam dicit *reſciſſa vſucapione reddi*: Atqui actio, quæ redditur reſciſſa vſucapione, eſt actio reſtitutoria & reſciſſoria: proinde ex Pauli Iuriſconſulti mente hæc publiciana eſt.

Sed quod actio reſciſſoria non ſit quaſi publiciana verius eſt, tum quia eſt publicianæ actioni plane contraria, vt arguunt verba *d. §. 5. Rurſus EX DIVERSO*, habet quippe intentionem contrariam intentioni publicianæ: qui enim publiciana experitur, is contendit ſe dominum eſſe cum tamen dominus non ſit: at qui actionem reſtitutoriã inſtituit, contendit, cum qui rem vſuceperat dominum non fuiſſe, cum tamen dominus reuera fuerit: quocirca dici non poteſt ad ſimilitudinem & exemplum publicianæ actionis hanc reſciſſoriam eſſe introductam: cum etiam idcirco hæc actio non eſt dicenda publiciana, quia nuſpiam in legibus noſtris ita nuncupatur.

Nam quod ad *d. l. 55. Digeſt de obligat. & act.* verba iſta *ſed cum reſciſſa vſucapione redditur* ambigua ſunt, monente Donello, nam ſalua ratione recti ſermonis, vocula *redditur* referri poteſt ad actionem publicianam, aut ad ſubintellectum nomen *actionis*: Prius ob rationes, modo adductas, fieri non debet: poſterius igitur admittendum: quaſi ita ſcripſiſſet Iuriſconſultus, *ſed cum actio redditur, reſciſſa vſucapione, anno finitur.*

RESOLVTIO THESIS
Decimaoctaua.

Lit. A. SExta & vltima in integrum reſtitutionis cauſa eſt ALIENATIO IVDICII mutandi cauſa facta: cum enim fieri poſſet, vt iudicium litemq; mutando, aduerſarius noſter cõditionem noſtram redderet ſubſtituendo alterius prouinciæ & Iuriſdictionis hominem, cuius forum ſequendum ſit *l. 3. ff. de alienat. iudic. mut.* aut potentiorem aduerſarium, cui pares eſſe non poſſimus, vel eum qui nos vexaret; idcirco ne alterius facto conditio noſtra deterior reddatur *d. l. 1.* prætor aduerſus huiuſmodi alienationem iudicii in integrum reſtituit, eam reſcindẽdo, aut actionem concedit arbitrariam, vt is qui re, dolo malo alienata, deteriorem aduerſarii conditionem fecit, tanti damnetur, quanti aduerſarii intereſt, alterum aduerſarium non habuiſſe *l. 1. & l. 3. ff. de alienat. iudic. mut.*

Vt autem huic reſtitutioni locus ſit, tria coniunctim deſiderantur: primo vt alienatio ſit facta iudicii mutãdi cauſa. Secundo vt dolo malo, & in fraudem aduerſarii ſit facta, quo eius conditio deterior efficiatur. Nam ſi ſine dolo malo, & ideo ſolum ſit facta, vt quis moleſtia litis liberetur, non erit verecunda cogitatio lites execrantis vituperanda *l. 4. §. 1. hoc tit.* ac proinde edictum hoc prætoris ceſſabit. Tertio vt interſit actoris mutationem iſtam factam non eſſe, Zaſius *in paratitl. de alienat. iudic. n. 4.*

Pertinet porro hæc reſtitutio proprie ad actiones tãtum reales, ſiue vindicationes quarum euitandarum cauſa alienauit, quis rem, quam poſſidebat, vt acturo duriorem aduerſarium opponeret, ad actiones vero in perſonam, ait Cuiacius, edictũ hoc prætoris de non alienando re in litigioſam iudicii mutandi cauſa, & in integrũ reſtitutionem non pertinere, quia debitor non poteſt inuito creditore alium vice ſua debitorem ſuſtituere *l. 1. C. de nou.* niſi nomen, adeoque ius obligationis cedendo: quo caſu, ſi ceſſio facta fuerit, alienatione iudicii mutandi cauſa, atq; dolo malo & in fraudem creditoris, reſtitutionem æque locum habere arbitror.

Hæc

Lit.B. Hæc vero reſtitutio videri poſſet alicui ſuperuacua & otioſa, propterea quod aduerſus eum, qui dolo malo & in fraudem ſui creditoris iudicium alienauit, aduerſus quem ſolum ex hoc capite in integrum reſtitutionem competere diximus, in rem actio ſeu rei vindicatio competat: cum is, qui dolo malo rem deſiit poſſidere pro poſſeſſore habeatur, & rei vindicatione conueniri poſſit *l. qui petitorio ff. de Rei vindicat.* Veruntamen nihilominus in integrum reſtitutionem competere debitori, æquius viſum fuit.

Datur porro ex hoc edicto de alienatione iudicii mutandi cauſa facta non modo actio, vt dictum eſt; ſed etiam exceptio, qua is, in quem res litigioſa translata eſt, agens repellatur exceptione *l. vlt. ff. h. tit.* vbi Marcian. *Sed ipſe quidem,* ait, *qui partem alienauerit communi diuidundo iudicio ſi agere velit, non audietur: is vero qui emit, ſi experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cauetur, ne qua alienatio iudicii mutandi cauſa fiat.*

Pertinet autem hæc in integrum reſti- Lit.C.
tutio ad alienationem futurorum iudiciorum, qua quis metu impendentis litis rem alienat & alienatione duriorem conditionem aduerſarii reddit *l. 8. §. 1. ff. de alienat. iudic. mut. cauſa.* litis enim præſentis (quæ præſens dicitur conteſtatione facta) alienatio ipſo iure nulla eſt, cum lite pendente nihil nouari debeat *l. vlt. C. de litigioſ. tot. tit. extr. Ne lite pendente.* Ac proinde nulla reſtitutione, per quam reſcindatur indiget.

Finis huius diſputationis vndecimæ.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

VOLV-

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LEGATORIA S. BENEDETTO
CITERNA
Digitized by Google

Digitized by Google